Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten in ihrem Verhältnis zur Gewerbefreiheit.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer hohen Juristischen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg (Lahn) vorgelegt

von

Henning von Bonin

Gerichtsreferendar

aus Blankenburg (Harz)

Marburg (Lahn) 1926.

Köln a. Rh.
Buchdruckerei von J. B. Heimann
1927.

Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten in ihrem Verhältnis zur Gewerbefreiheit.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer hohen Juristischen Fakultät der Philipps-Universität
zu Marburg (Lahn) vorgelegt

von

Henning von Bonin
Gerichtsreferendar
aus Blankenburg (Harz)

Marburg (Lahn) 1926.

Köln a. Rh.
Buchdruckerei von J. B. Heimann
1927.

Berichterstatter: Professor Dr. Erich Jung.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

DEM ANDENKEN
MEINES UNVERGESSLICHEN
VATERS

+

ALLEN LIEBEN
DIE MIR BIS HIERHER
HALFEN

+

Inhalt:

Seite

Einleitung: Die Beschränkungen des Grundeigentums und die moderne Rechtsentwicklung 11

I. Teil: Historischer Überblick.

§ 1: Das Mittelalter 12

§ 2: Die Zeit der Rezeption 13

§ 3: Das gemeine, das preußische und das bayrische Recht . . . 15

§ 4: Das rheinisch-badisch-französische Recht 19

II. Teil: Das geltende Recht und die weitere Rechtsentwicklung.

§ 5: Die Dienstbarkeiten des BGB 21

§ 6: Die Bierentnahmepflicht als Dienstbarkeit 24

§ 7: Das Verbot von Gewerbebetrieben auf Grundstücken, Wettbewerbsverbote insbesondere 29

§ 8: Die allgemeinen Bestimmungen des BGB und der Gewerbeordnung als Schranken der Grunddienstbarkeit 34

§ 9: Die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten im Dienste der Wirtschaft und des sozialen Lebens 37

§ 10: Überblick über die Rechtsentwicklung seit 1900 39

III. Teil: Rechts- und staatsphilosophische Probleme.

§ 11: Philosophische Grundlegung des Eigentums als Voraussetzung des Staates 40

§ 12: Geschichtliche Lehren 45

Anhang: Andere geltende Rechte.

§ 13: Das schweizerische und das schwyzerische Recht 49

§ 14: Bemerkungen zur Entwicklung des französischen Rechts . . 54

§ 15: Das österreichische allgemeine BGB. 55

§ 16: Das Recht Sowjetrußlands und die Stellung des Eigentums im russischen Staatssystem 58

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554424_0179

Schrifttum.

Lehrbücher und Kommentare.

Achilles-Greiff, Handausgabe des BGB. 9. Aufl. 1920.
Beseler, System des deutschen Privatrechts. 1847/55.
Biermann, Das Sachenrecht. 3. Aufl. 1914.
v. Brauchitsch, Preußische Verwaltungsgesetze. 20. Aufl. 1925.
Brinz, Pandekten. 2. Aufl. 1892.
Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. 2. Aufl. 1906.
Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 7. Aufl. 1922.
Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts. 1902.
Dernburg, Bürgerliches Recht. 4. Aufl. 1908.
— Pandektenrecht. Berlin 1902.
— Preußisches Privatrecht. 4. Aufl. 1884.
Elvers, Römische Servitutenlehre. 1856.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8./9. Aufl. 1905.
Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil und Sachenrecht. 1./2. Aufl. 1900/01.
Enneccerus-Kipp u. Wolff s. Wolff.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. III. 6. Aufl. 1892.
Freund, Das Zivilrecht Sowjet-Rußlands. Mannheim 1924/25.
Fuchs, Grundbuchrecht. Berlin 1902.
Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II, 2. 1905.
Goldmann-Lilienthal, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1896.
Güthe, Grundbuchordnung, Bd. I. 3. Aufl. 1913.
Hölder, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil und Sachenrecht. 1900.
Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts. 4. Aufl. 1922.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1906.
Kommentar von Reichsgerichtsräten. Bd. II. 3. Aufl. 1921.
— zum schweizerischen Zivilgesetzbuch s. Wieland.
Kretzschmar, Sachenrecht des BGB. Leipzig 1906.
Laband, Staatsrecht des deutschen Reiches. Bd. III. 5. Aufl. Tübingen 1911/13.
Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung. Bd. I. 7. Aufl. 1917.
Landsberg, Das Recht des BGB. 1904.
Lehmann, Bürgerliches Recht. 2. Aufl. 1906.
Leonhard, F., Bürgerliches Recht. Berlin 1926.
Maenner, Das Sachenrecht. 2. Aufl. 1906.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910.
Mecklezow, Timaschew u. a.. Das Recht Sowjet-Rußlands. Tübingen 1925.
Oberneck, Die Reichsgrundbuchordnung. 4. Aufl. 1909.
Oertmann, Kommentar zum BGB. 2. Aufl. 1908.
Planck, Kommentar zum BGB. 5. Aufl. 1920.
Regelsberger, Bayrisches Hypothekenrecht; in Neibom, Deutsche Hypothekenrechte. Bd. III. 1895.
— Pandekten. 1886.
Rehbein, Das BGB mit Erläuterungen. 1897.
Reichsgerichtsräte s. Kommentar von Reichsgerichtsräten.
Roth, Bayrisches Zivilrecht. Bd. III. Tübingen 1872 u. 1903.
Schecher, Gewerbepolizeirecht. Tübingen 1910.
Schröder-Künssberg, Deutsche Rechtsgeschichte. 6. Aufl. 1919.
Seuffert, Praktisches Pandektenrecht. 4. Aufl. 1860.
Seydel, Bayrisches Staatsrecht, bearbeitet von Graßmann u. Piloty. 3. Aufl. Tübingen 1913.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 2. Aufl. 1860.
Soergel, Kommentar zum BGB. 3. Aufl. 1926.
Staudinger-Kober, Kommentar zum BGB. Bd. III, 2; Sachenrecht. 9. Aufl. 1926.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Aufl. 1897.
Turnau-Foerster, Das Liegenschaftsrecht. 2. Aufl. 1902.
Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. I. Leipzig1856.
Vangerow, Pandekten. 1876.
Wieland u. a. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. III. Zürich 1909.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1905.
Zachariä-Crome, Französisches Zivilrecht. Bd. I. 8. Aufl. 1894.

Abhandlungen.

Binder, Rechtsphilosophie. Berlin 1925.
Drolshagen, Der Inhalt von Dienstbarkeiten. Heidelberger Dissertation. 1911.
Ermrich, Das Freiberger Stadtrecht. 1875.
Festschrift für Gierke. Weimar 1911.
Gaupp, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters. 1851/52.
Gengler, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters. 1852.
— Deutsches Privatrecht. 4. Aufl. 1892.
Gerber, Geld und Staat. Jena 1926.
— Gutachten über die gewollte Tarifunfähigkeit von Arbeitgeberorganisationen. Hamburg 1926.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.
Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung. Berlin 1910.

Jander, Die Beschränkungen für den Inhalt der Dienstbarkeiten usw. Breslauer Dissertation 1905.
Jhering, Passive Wirkungen der Rechte, in Jherings Jahrbuch Bd. 10, S. 553.
Knapp, Die Landarbeiter in Knechtschaft und Freiheit. 2. Aufl. 1910.
Kohler, Beiträge zum Servitutenrecht, in Zivilarchiv. Bd. 87.
— Dienstbarkeiten alter und neuer Zeit, in Rheinische Zeitschrift. Bd. 3. S. 409.
Krückmann, Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach römischem Recht, in Zivilarchiv Bd. 103. S. 192.
Langheineken, Anspruch und Einrede. 1903.
Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht. München 1906.
Meusch, Die Innungen, in Politischem Handbuch. Bd. I.
Naendrup, Zur Geschichte deutscher Grunddienstbarkeiten. Breslau 1900.
Ofner, Der Servitutenbegriff nach römischem und österreichischem Recht. 1884.
Pauli, Lübecker Zustände im Mittelalter. Bd. III. 1894.
Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbekonzession. München 1889.
Rehme, Das Lübecker Oberstadtbuch. 1895.
v. Rohrscheid, Vom Zunftzwang zur Gewerbefreiheit. Berlin 1898.
Roller, Die Unzulässigkeit von Dienstbarkeiten usw. Heidelberger Dissertation. 1913.
Sartorius v. Waltershausen, Deutsche Wirtschaftsgeschichte. 1913.
Schloßmann, Der Begriff des Eigentums, in Jherings Jahrbuch 45. S. 289.
Schmidt, Benutzungs-, nicht Verfügungsbeschränkungen! in Bayrische Notariats-Zeitung. 1916. S. 133.
Schwander, Die Grunddienstbarkeiten mit besonderer Berücksichtiguug des schweizerischen Zivilgesetzbuches usw. Aarau 1911.
Seeck, Geschichte des Untergangs der antiken Welt. Bd. I, 2. 1920.
Segall, Bürgerliches Recht und Lebensgewohnheiten, im Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 32. S. 428.
Seidler, Das Wesen der Gewerbefreiheit. Breslauer Dissertation. 1926.
Spengler, Preußentum und Sozialismus. München 1919.
— Der Untergang des Abendlandes. Wien, Berlin, München 1918.
Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im Bürgerlichen Recht, in Zivilarchiv. Bd. 92. S. 119.
Weber, Römische Agrargeschichte. 1891.
v. Wiese, Die Idee der Freiheit in Rußland, in Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. 1925. S. 573.

Zeitschriften u. a.

Archiv für Bürgerliches Recht (Arch. B. R.).
Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (Philos. Arch.).
Archiv für zivilistische Praxis (Ziv. A.).
Badische Rechtspraxis (Bad. R. Prax.).
Bayrische Notariats-Zeitung (Bayr. Not. Z.).
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Gr. A.).

Berliner Börsenzeitung.
Blätter für Rechtspflege (Seuff. Bl.).
Deutsche Juristenzeitung (DJZ).
Dogmatische Jahrbücher (Jher. Jahrb.).
Drucksachen des Reichstags (Rt. Drucks.).
Entscheidungen des bayrischen Obersten Landesgerichts (Bay.).
Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts (OVG).
Entscheidungen in Sachen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit etc., zusammengestellt im Reichsjustizamt (RJA).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG).
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (E. 1888). Berlin 1888.
Entwurf zu einer Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund. 1869. (E 1869).
Gruchots Archiv (Gr. A.).
Jahrbuch des deutschen Rechts (Neum. J.).
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts (JKG).
Jagow-Herre, Politisches Handwörterbuch. Leipzig 1923.
Jherings Jahrbuch (Jher. Jahrb.).
Juristische Monatsschrift für Posen, Westpreußen und Pommern (Pos. Mon. Schr.).
Juristische Wochenschrift (JW).
Motive zum Entwurf einer Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund. 1869.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. III.
Neumanns Jahrbuch (Neum. J.).
Posener Monatsschrift (Pos. M. Schr.).
Politiseches Handwörterbuch. Leipzig 1923.
Protokolle des preußischen Richtertages. Kassel 1926. Berlin 1926.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (OLG).
Reichstagsdrucksachen (Rt. Drucks.).
Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht (Rhein. Z.).
Sächsisches Archiv für Rechtspflege (Sächs. A.).
Seufferts Archiv (Seuff. A.).
Seufferts Blätter (Seuff. Bl.).
Stenographische Berichte des Reichstages. 1869, III (Sten. Ber. R. T.)
Striethorsts Archiv der Rechtsprechung des Preußischen Obertribunals (Strieth. A.).
Zentralblatt für Freiwillige Gerichtsbarkeit (Z. Bl. Fr. G.)
Zivilarchiv (Ziv. A.)

Einleitung.

Der Rechtsgrundsatz des § 903 BGB über den Inhalt des Eigentums erleidet in Wahrheit durch das Gesetz eine Fülle von Einschränkungen. Voran steht zunächst die große Zahl der Beschränkungen aus Gründen des öffentlichen Rechts. Ein Beispiel aus dem Zivilrecht wären die Beschränkungen, die sich etwa aus »Treu und Glauben«, ferner aus den §§ 226, 826 BGB ergeben. Neben dieser Ueberfülle gesetzlicher Beschränkungen gibt es dann die große Zahl der rechtsgeschäftlich begründeten. Man denke an die Beschränkungen, die der gewerbetreibende Grundeigentümer, von dem im folgenden gehandelt werden soll, de iure freiwillig, de facto oft unter wirtschaftlichem Druck, mit seinem Eigentum vornehmen muß. Das Rechtsleben der letzten Jahrzehnte hat mannigfache Versuche gezeitigt, insbesondere die Dienstbarkeiten im Interesse des gewerblichen Konkurrenz- und Absatzkampfes nutzbar zu machen. Die Dienstbarkeiten, die aus den patriarchalischen und naturalwirtschaftlichen Verhältnissen des römischen Agrarstaates und der deutschen Dorfgemeinschaft hervorgegangen waren, traten hierdurch in eine neue Entwicklungsphase ein. Sie wurden zu einem wirtschaftlichen Machtmittel. Das moderne Rechtsleben ließ insbesondere ein Bedürfnis hervortreten, auf rechtlichem Wege Absatzgebiete, z. B. durch eine dingliche Belastung der betreffenden Grundstücke, zu sichern oder die Konkurrenz durch das Verbot von Gewerbebetrieben auf Grundstücken auszuschließen. Diesem Bedürfnis gegenüber besteht der Grundsatz der gewerblichen Freiheit[1]) und andererseits die Gefahr der Überlastung des Grundeigentums. Daß hinter dem Ringen dieser Probleme weitergehende, tief in den Bestand des gesamten Rechts- und Staatslebens eingreifende Fragen rechtspolitischer, rechts- und staatsphilosophischer Art nicht nur ruhen, sondern durch den Verlauf der Rechtsentwicklung in den Vordergrund des Interesses gerückt werden, soll im Verlaufe dieser Arbeit aufgezeigt werden.

[1]) Zur Unterscheidung von dem technischen Ausdruck »Gewerbefreiheit« im Sinne von § 1 Gew. O. soll im folgenden stets von der »gewerblichen Freiheit« gesprochen werden.

§ 1.

Es gilt im folgenden die historische Entwicklung einer Betrachtung zu unterziehen. Hierzu zwingt die Natur der Rechtsentwicklung: ein neues Rechtsinstitut wird auf den Erfahrungen und Einflüssen der vorhergehenden aufgebaut. So sind auch die Dienstbarkeiten und ihre Stellung im heutigen Rechtsleben nur aus der Geschichte heraus verständlich.

In der rechtlichen Entwicklung des Mittelalters, insbesondere in den Stadtrechten,[1]) finden wir bereits des öfteren Beschränkungen des Grundeigentums Gewerbetreibender. Es sind dies insbesondere Belastungen aus Gründen des Nachbarrechts;[2]) aber auch die rechtsgeschäftliche Bestellung von Grundlasten findet sich häufig. So verpflichtet sich in Lübeck 1364 der Käufer eines Hauses für sich und seine Rechtsnachfolger

> ». . . in seinem Hause keynen Backofen oder Schweinkoben zu halten, sondern nur fenestram vendendis panibus exponendis«.[3])

Gerade in den Städten, die durch die sie umgebenden Befestigungen auf einen engen Raum zusammengedrängt waren, taucht am ehesten das Bedürfnis nach Beschränkungen des Grundeigentums auf. Gewisse Stadtteile wollte man von übelriechenden oder mit starkem Geräusch verbundenen Gewerben wie Lohgerbereien, Schmieden usw. freihalten. Auch die behördlichen Erkenntnisse aus dieser Zeit weisen oft eine den charakterisierten Gewerben abgeneigte Haltung auf. Tabernarii galten nicht als viri honorabiles. Dies spricht ein Erkenntnis des Rats der Stadt Lübeck aus dem Jahre 1348[4]) aus, daß gegen den Eigentümer eines Grundstücks auf Zumauerung eines Fensters in pariete communi entscheidet, solange auf dem Grundstück eine Schenke betrieben wird. Seit der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts finden sich auch derartige Beschränkungen als Einträge in Stadtbüchern.[5])

Was das deutsche Recht im allgemeinen betrifft, das sich bekanntlich auf dem Boden der zusammengeschlossenen Dorfgemeinschaft entwickelt hatte, so findet sich dort eine eigenartige Beziehung zwischen Mensch und Sache. Das germanische Recht läßt an derselben Sache mehrere eigentumsartige Berechtigungen zu (z. B. dominium utile und dominium directum). Dazu traten das genossen-

---

[1]) Zit. bei Wendt a. a. O. S. 119 f. vgl. Gaupp, Die deutschen Rechte des Mittelalters; Gengler, desgl.

[2]) s. Anm. 1.

[3]) Pauli a. a. O. III, S. 54.

[4]) Pauli, ebenda.

[5]) s. f. d. Lübecker Recht Rehme a. a. O. S. 76; Pauli a. a. O. S. 50—56; Ermich a. a. O. Kapitel II § 12 S. 47 (Freiberg).

schaftliche Eigentum und die gesamte Hand, sowie die mehr oder weniger selbständigen Nutzungsrechte an Grund und Boden. In der Zeit der Dreifelderwirtschaft und des Flurzwanges bestand eine starke gegenseitige Abhängigkeit der Nachbargrundstücke voneinander. Ihren Gipfel erreichte diese Entwicklung in der gegenseitigen Gewährung von Retraktsrechten an den Nachbarn. Außerdem finden sich zahlreiche gesetzliche Eigentumsbeschränkungen.[1])

§ 2.

Seit der Zeit der Rezeption findet nunmehr in der Rechtsentwicklung ein eigenartiger Kampf statt. Wie ausgeführt, ruhten zur Zeit des ausgehenden Mittelalters auf dem städtischen wie ländlichen Grundbesitz eine Fülle weitgehender Grundlasten. Beschränkungen in der Belastung waren dem deutschen Recht unbekannt. Lasten und Gerechtigkeiten am Grundeigentum waren vielmehr eine häufige Erscheinung und dem einheimischen Recht seit langem geläufig.[2]) Nach der Anschauung des deutschen Rechts gehörten geradezu zur Ausstattung eines Grundstücks Vermögensrechte an anderem Grundbesitz, insbesondere an dem der Nachbarn. Die Lasten wurden bei der damaligen extensiven Wirtschaftsmethode auf dem Lande nicht als besonders drückend empfunden. Ganz anders das römische Recht. Der streng individualistische Eigentumsbegriff des römischen Rechts ließ Eigentumsbeschränkungen kraft Gesetzes in der Regel nicht zu. Der dominus hatte grundsätzlich die unbeschränkte absolute Gewalt über seine Sache. Daher kannte das römische Recht mit wenigen Ausnahmen nur rechtsgeschäftlich bestellte Dienstbarkeiten. Der römische, streng abgegrenzte und beschränkte Dienstbarkeitsbegriff trat mit dem Aufkommen des römischen Rechts in Deutschland in scharfen Gegensatz zu der schrankenlosen germanischen Realrechtsentwicklung. Im Verlaufe dieses Kampfes der beiden Rechte hat sich das deutsche Recht gegenüber dem römischen in mannigfacher Hinsicht zu behaupten vermocht. Die in Rom für die Grunddienstbarkeiten geschaffenen Erfordernisse einer causa perpetua und des praedio utilis esse, sowie die Verneinung des in faciendo consistere wurden zu notwendigen Schranken gegen die Belastung des Grundbesitzes mit dauernden Gerechtsamen dritter Personen. Solche empfand man aus dem individualistisch-absolutistischen Geist des römischen Rechts heraus als Beschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit des Einzelnen. Die soziale Bedeutung dagegen, die darin lag, daß der starre Eigentums-

---

[1]) Vgl. zu dem Vorhergehenden Schwander S. 3 f.

[2]) Vgl. hierzu Naendrup a. a. O.; Schröder-Künßberg a. a. O.; Brunner a. a O.; Dernburg, Deutsches Priv. Recht I S. 697.

begriff den Bedürfnissen des nachbarlichen Verkehrs und denen der Allgemeinheit angepaßt wurde, würdigte man im Gegensatz zu dem sozialer denkenden deutschen Recht nur in unvollkommener Weise. Selbst in Rom nötigte auch der Selbsterhaltungstrieb des Staates dazu, die genannten Erfordernisse aufrecht zu erhalten. Rechtspolitische Momente kamen für die damaligen deutschen Verhältnisse weniger in Betracht. Daher waren die römisch-rechtlichen Beschränkungen des Servitutenbegriffs dem deutschen Rechtsempfinden zunächst unverständlich. Wenn auch die Theorie der römischen Prädialservitut im allgemeinen aufgenommen wurde, so konnte sie sich den überkommenen Zuständen gegenüber doch nicht schlechthin durchsetzen. Mehrere römisch-rechtliche Beschränkungen der Prädialservituten ließ man gänzlich fallen, andere sanken zur Bedeutung von Auslegungsregeln herab.

Zu bemerken ist, daß aus jener Zeit rechtsgeschäftliche Beschränkungen der gewerblichen Freiheit und des gewerblichen Grundbesitzes im modernen Sinne, also zur Ausschaltung der Konkurrenz und zur Sicherung von Absatzgebieten, nicht vorliegen. Der Grund ist in den Verhältnissen der damaligen Zeit zu suchen.[1]) Die freie Konkurrenz war durch eine straffe Organisation des Handwerks und Kleingewerbes in den Zünften fast völlig ausgeschaltet. Bildete doch gerade das 14. und 15. Jahrhundert die Zeit der höchsten Blüte dieser Einrichtung. Die Eroberung inländischer Absatzgebiete im heutigen Sinne war der damaligen Zeit etwas Unbekanntes. Nach dem Niedergang der Zünfte im 16. und 17. Jahrhundert begann sich bereits in Deutschland das Bedürfnis nach gewerblicher Freiheit zu regen. Das Reichsgutachten von 1672 und die Reichszunftordnung von 1731 hatten keine dauernde Besserung der Zustände herbeizuführen vermocht. In Preußen schritt man daher schon 1806[2]) zu den ersten Anfängen gewerblicher Freiheit. Dem Edikt von1810 folgte 1845[3]) die Aufhebung der sogen. Zwangs- und Bannrechte. Im gleichen Sinne war die Regelung des Notgewerbegesetzes des Norddeutschen Bundes von 1868, bis die Gewerbeordnung von 1869 völlige Gewerbefreiheit und damit auch das Prinzip der gewerblichen Freiheit brachte.[4])

In die Zeit der beginnenden gewerblichen Freiheit fällt die Entstehung der einzelnen in Deutschland bis vor 1900 in Geltung gewesenen partikularen Landesrechte. Es sollen im folgenden die zwei

---

[1]) s. hierzu Jung. Eigen u. Erbe S. 546 f., Knapp (zit. bei Jung) ebenda S. 48 ff.

[2]) Den Anfang machte Oesterreich 1787, Bayern 1790—1802, dann Preußen, Hessen-Darmstadt und Oldenburg 1819, Baden 1835, Sachsen 1838 (Gengler a. a. O. S. 297).

[3]) Allg. Gewerbeordnung v. 17. Jan. 1845

[4]) Vgl. hierzu Meusch im politischen Handb. a. a. O.

wichtigsten Gruppen einer kurzen Betrachtung unterworfen werden. Einmal handelt es sich um die Gruppe des gemeinen römischen, des preußischen und des auf ähnlicher Entwicklung beruhenden bayrischen Rechts. Die zweite Gruppe bildet das im Rheinland und in Baden als badisches Landrecht in Geltung gewesene französische Recht. Wie entwickelte sich der Servitutenbegriff in den vorgenannten Rechten und welche Möglichkeiten boten ihre Regelungen für die Beschränkung des Grundeigentums zu gewerblichen Zwecken?

§ 3.

In Preußen hatte das Landeskulturedikt vom 14. September 1811 in seinem § 11 den Grundsatz aufgestellt, Grunddienstbarkeiten dürften die eigentliche Bestimmung des Grundstücks nicht hindern. Diese Bestimmung wurde jedoch in der Praxis meist durchbrochen. Zum Verständnis des Allgemeinen Landrechts (ALR), das auf römischen Grundsätzen fußte, ist notwendig, zunächst einen Blick auf das gemeine römische Recht zu werfen.

Die gesetzlichen Einschränkungen des Servitutenbegriffs nach römischem Recht wurden bereits oben genannt. Es soll hier im einzelnen nur kurz darauf eingegangen werden. Nach römischem Recht mußte die natürliche Beschaffenheit des praedium serviens einen dauernden Nutzen für das praedium dominans gewährleisten.[1]) Die Servitut mußte in Beziehung zu einer dauernden Eigenschaft des dienenden Grundstücks stehen, so entweder des Bodens selbst (z. B. iter) oder einer res soli (z. B. Wasser). Das römische »servitus fundo utilis esse debet« bedeutet, daß dem herrschenden Grundstück in seinem Naturzustande der Vorteil des dienenden Grundstücks zuteil wird. Es genügt nicht ein Vorteil für die persönlichen Interessen des einzelnen Eigentümers. Auch ein Vorteil für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks ist nur dann hinreichend, wenn er ihm gerade in seiner Eigenschaft als Eigentümer des Grundstücks zuteil wird. Die Servitut muß die Zweckbestimmung des herrschenden Grundstücks fördern. Dies geschieht z. B. nicht bei einer Belastung des Inhalts, im Nachbargarten Äpfel zu pflücken oder im Hause des Belasteten zu speisen,[2]) weshalb auch dieses Inhalts »servitus imponi non pot est.« Schon nach römischem Recht[3]) aber waren auch Dienstbarkeiten zugunsten eines auf dem herrschenden Grundstück betriebenen Gewerbes zulässig. Die zitierten Fälle wie auch ein ähnlich gelagerter[4]) zeigen, daß nach römischem Recht ein enger

[1]) L 28 D. 8, 3.
[2]) L 8 p. D 8, 1.
[3]) L 15 § 1 D 8, 3 u. L 6 pr. eod. tit.
[4]) L 3 § 2 D 8, 3, cit. bei Roller a. a. O. S. 15.

Zusammenhang zwischen Servitut und herrschendem Grundstück gefordert wurde.[1]) Jhering[2]) will aus L 6 pr. D comm. praed. 8, 4 entnehmen, daß die Grundsätze der utilitas und der causa perpetua schon nach römischem Recht z. T. durchbrochen worden wären. Hierauf im einzelnen einzugehen, würde zu weit führen. Fest steht jedenfalls, daß sich unter dem Einfluß des vorhandenen deutschen Rechts die oben genannte enge Verbindung zwischen Servitut und herrschendem Grundstück lockerte. Die deutschen Realrechte, die das römische Recht bei seinem Eindringen in Deutschland vorfand, entstammten ganz anderen Verhältnissen und Rechtsbedürfnissen,[3]) sie wurden nun plötzlich dem wesensfremden römisch-rechtlichen Praedialservitutenbegriff unterstellt. Dies konnte nicht geschehen, ohne daß dieser eine gewisse Umbildung unter deutsch-rechtlichen Einflüssen erfuhr.[4]) Nach deutschem Recht kannte man kein herrschendes und dienendes Grundstück, sondern berechtigt war allemal eine Person.[5]) Das römische Recht bildet hierzu allerdings keinen scharfen Gegensatz, da die römisch-rechtliche Ausdrucksweise, daß das Grundstück herrsche, als bildlich verstanden werden darf. Allerdings beeinflußte sie notwendigerweise den Gehalt des Rechts im Sinne einer möglichst engen Begrenzung. Das Bedürfnis des praedium dominans trat in den Landesrechten denn auch fast völlig zurück.[6]) Der Enderfolg war der Fortfall einer causa perpetua auf seiten des dienenden Grundstücks.[7]) Die freie Auffassung der causa perpetua von Seiten des herrschenden Grundstückes mußte notwendigerweise eine Erweiterung des Begriffes der utilitas nach sich ziehen. So haben wir im preußischen Recht bereits das Bild der Zulässigkeit von Praedialservituten, die dem Gewerbebetriebe des Eigentümers des herrschenden Grundstücks dienen, ohne schlechthin praedo utiles zu sein.[8])

> Der Begriff der Grunddienstbarkeit im Sinne des ALR »deckte sich, abgesehen von dem Erfordernis der causa perpetua, daß das ALR. wenigstens im Sinne des römischen Rechts nicht kannte, mit dem der römischen Praedialservitut.«[9])

---

[1]) Vgl. hierzu auch Elvers a. a. O. § 16 S. 138.
[2]) Jher. Jahrb. 10 S. 533.
[3]) Vgl. Naendrup S. 80ff.
[4]) Vgl. Gierke II S. 634ff.
[5]) Vgl. Naendrup a. a. O.
[6]) Vgl. Gierke II S. 635.
[7]) Vgl. hierzu Mot. zu BGB III, S. 481.
[8]) Dernburg, Preuß. Pr. R. I S. 744; Strieth. A. 96, S. 287; anders JW, 1898 S. 314 Nr. 109.
[9]) Vgl. Foerster-Eccius III § 187, Anm. 12; Dernburg a. a. O. I § 292, 2 S. 724; Koch, ALR A. 16 zu § 12 I 22 ALR; RG 8 S. 207; RG JW 1898 S. 314 Nr. 9 und JW 1900 S. 676 Nr. 46.

Das ALR jedenfalls erwähnt ebensowenig wie das sächsische BGB von 1863 das Erfordernis der causa perpetua. Daher entfiel nach preußischem Recht die nach römischem Recht aus dem Erfordernis der causa perpetua heraus notwendige Beschränkung auf den Bedarf des herrschenden Grundstücks. Das preußische Recht kannte ferner nicht den Servitutenbegriff im römischen Sinne, der Grundgerechtigkeiten und persönliche Nutzungsrechte umfaßte. Dingliche Realrechte konnten im Gegensatz zum römischen Recht auch zu einem Tun verpflichten (§ 15 I 19 ALR).[1]) Hier ist der Einfluß der deutschrechtlichen Entwicklung mit ihrer »Reallast bildenden Tendenz«[2]) unverkennbar. Eine wichtige Beschränkung enthielt nur die Bestimmung des § 6 I 4 ALR, wonach eine übermäßige Einschränkung der persönlichen Freiheit als sittenwidrig galt. Dagegen war der Entwicklung zahlreicher Grundstückslasten günstig, daß das ALR (§§ 16 ff. I 22) die Verdinglichung von Gebrauchs- und Nutzungsrechten beliebigen Inhalts zuließ, wenn Besitz und Eintragung ins Grundbuch hinzukam.[3]) Doch wurde eine auf die Dauer angelegte Verbindung des Gewerbebetriebs mit dem herrschenden Grundstück gefordert.[4]) Auch das römisch-rechtliche Erfordernis der utilitas war, wenn auch in erheblich verändertem erweiterten Zustande, noch vorhanden. Man befürchtete ein Überwiegen des persönlichen Vorteils für den Eigentümer des herrschenden Grundstücks. Ein solcher wurde aber als Gegenstand von Servituten nicht anerkannt.[5]) Das römisch-rechtliche Erfordernis der vicinitas war schon nach römischem Recht bei den Urbanalservituten nicht mehr streng durchgeführt. Die Grundstücke brauchten nicht mehr benachbart zu sein, wofern nur die servitus praedio utilis war.[6]) Im gemeinen Recht hatte man diese Abhängigkeit der vicinitas von der utilitas übernommen.[7]) Unser heutiges Recht hat es sogar nicht mehr für nötig gehalten, das Erfordernis der vicinitas zu erwähnen. Es ist also auch im geltenden Recht nur noch insoweit anzuerkennen, als es durch das Erfordernis des Grundstücksnutzens bedingt wird.[8]) Die Lockerung war auch nach dem gemeinen Recht schon insoweit vollzogen, als

---

[1]) Seuff. A. 6 Nr 11 (OAG Lübeck 1850); Seuff. A. 20 Nr. 106 (OAG Celle 1866).

[2]) Dernburg a. a. O. 697.

[3]) So Roller a. a. O. und Zitate daselbst: anders Eck-Leonhard a. a. O. II § 24 S. 217.

[4]) RG 30, S. 207; Windscheid-Kipp I, § 209, S. 624 f.; Seuff. A. 8, Nr. 17, 33, Nr. 290.

[5]) Dernburg, Pandekten I, S. 571 f., S. 584 insbes.

[6]) L. L. 38 f. D. 8, 2.

[7]) Dernburg, Pandekten I, S. 573 f.

[8]) Planck III, 2 c zu § 1019 BGB; Staudinger-Kober III zu § 1019; anders Kohler in Ziv. A. S. 183 ff.

Servituten zugunsten eines auf dem herrschenden Grundstück betriebenen Gewerbes allgemein zugelassen wurden.[1])

Persönliche[2]) Dienstbarkeiten gab es außer dem Nießbrauch auch schon nach römischem und gemeinem Recht. Sie waren inhaltlich bestimmt und führten die Bezeichnung servitutes personarum als technischen Ausdruck. Zu nennen ist vor allem der usus. Dieser gewährte dem Berechtigten den persönlichen Gebrauch der Sache. Der Gebrauch mußte aber in bestimmter Richtung festgelegt sein. Vollen Fruchtgenuß gewährte der usus nicht. Der usus war nur persönlich auszuüben. Von untergeordneter Bedeutung waren habitatio, operae servorum et animalium. Daneben gab es die sog. irregulären Servituten, die ihrem Inhalt nach Praedialservituten waren, aber einzelnen Personen als berechtigten zustanden. Es waren dies z. B. iter aquaehaustus etc.[3])

Späterhin bildeten sich in Deutschland die persönlichen Dienstbarkeiten inhaltlich meist nach dem Bestellungsakt oder dem Herkommen.[4]) So haben wir Dienstbarkeiten zugunsten von Innungen oder von natürlichen Personen. Häufig wurden auch Realgerechtsame in persönliche Dienstbarkeiten umgewandelt. Nicht selten waren die so gestellten Dienstbarkeiten veräußerlich und vererblich. Mitunter konnte Zweifel entstehen, ob eine irreguläre Servitut oder eine wahre Grunddienstbarkeit vorlag. So z. B. bei einem Weiderecht zugunsten der nicht grundbesitzenden Glieder einer Gemeinde.[5])

Das ALR kannte in §§ 26 ff. I 19 als besondere Art einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit »die zur persönlichen Notdurft« bestellte. Erzeugnisse, die auf dem Grundstück gewonnen waren, durften hierbei nicht weiter veräußert bzw. nicht mehr, als zur Notdurft erforderlich, gewonnen werden (§ 75 II 15 ALR). Die genannten Rechte bedurften zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung.

Einige Änderungen brachte das preußische Eigentumserwerbsgesetz von 1872. Dieses galt für ganz Preußen, also für die verschiedenartigsten Rechtsgebiete. Es näherte sich daher demjenigen Recht, das bisher in Deutschland, wenigstens theoretisch, die weitere Geltung hatte, an, nämlich dem gemeinen römischen Recht. Daher findet sich im preußischen EEG wieder der engere römisch-rechtliche Begriff der Grunddienstbarkeit. Dies erhellt zudem aus der besonderen Art der Regelung des EEG, die nur für Grunddienstbar-

---

[1]) Vangerow I, 340 Anm. I S. 707; Windscheid I, § 209 Anm. 8, S. 626; Sintenis I, § 57 Nr. 10, S. 550; Seuff. Bd. 1, § 162 Nr. 4, S. 207, 188 (letzteres f. d. bayrische Recht), Seuff. A. 8 Nr. 17, 25, Nr. 220; RGO., S. 207.

[2]) Vgl. hierzu Dernburg, Bürgerl. R., § 196.

[3]) Vgl. Dernburg, Pandekten I, § 250.

[4]) Dernburg, Bürgerl. R. a. a. O.

[5]) Strieth. A. 51, S. 303.

keiten im Sinne des römischen Rechts passend erscheint.[1]) Wesensnotwendig bestand nach EEG das Erfordernis des praedio utilis.[2]) War nach ALR die Zahl der Dienstbarkeiten in bestimmten Typen festgelegt, so war ihre Zahl nach EEG unbestimmt.[3]) Die Servituten konnten von nun an nicht mehr in einem Tun bestehen. Eintragungszwang bestand nach EEG nicht, doch war er in den einzelnen Landesteilen durchgeführt.[4]) Grundgerechtigkeiten knüpften sich übrigens nicht nur an Grundstücke i. e. S., sondern auch an Immobiliargerechtigkeiten[5]) oder an Grundstückgesamtheiten.[6])

In der Entwicklung des preußischen Rechts läßt sich also vom ALR bis zum EEG eine gewisse Beschränkung der Möglichkeit, Grundlasten zu bestellen, erkennen. Ob diese Tendenz nun auf beginnende Steigerung der gewerblichen Freiheit oder auf Maßnahmen zur Vermeidung eines überlasteten Grundbesitzes zurückzuführen ist, mag dahingestellt bleiben. In der praktischen Wirkung bedeutete die Einschränkung der Grunddienstbarkeiten jedenfalls auf dem Gebiete des gewerblichen Lebens einen Schritt weiter von der Zeit der Zwangs- und Bannrechte fort. In der Theorie des Rechts aber bedeutete die neue Regelung einen Sieg römisch-rechtlicher Gedanken über die deutsch-rechtliche Entwicklung, deren Wirksamkeit auf das Gebiet der Reallasten zurückgedrängt wurde.

Das auf ähnlicher Entwicklung wie das preußische, d. h. im wesentlichen gleichfalls auf römischem Vorbilde beruhende bayrische Recht bringt gegenüber dem vorhergehenden keine nennenswerten Abweichungen.[7]) Zu erwähnen ist nur, daß das bayrische Recht auch Realgewerbeberechtigungen als selbständige dingliche Rechte auffaßte,[8]) so daß an diesen wiederum selbständige dingliche Rechte bestehen konnten.[9]) So konnte u. U. die Ausübung derartiger Gerechtsame bei anderen Personen als den Berechtigten liegen, wodurch ihre in der Regel vorgeschriebene Unübertragbarkeit praktisch umgangen wurde.

§ 4.

Der in Westdeutschland in Geltung gewesene Code civil (CC) fußte gleichfalls auf römischen Quellen. Er enthält das Recht der

---

[1]) Dernburg, Preuß. Pr. R., S. 743ff.

[2]) JW 98, S. 314 Nr. 109; JW 1900, S. 676 Nr. 46 und RG 30, S. 215

[3]) Vgl. Seuff. A. 10 Nr. 16.

[4]) Vgl. für d. O. A. G. Bezirk Cassel, Gesetz über das Grundbuchwesen v. 29. Mai 1873.

[5]) Strieth. A. 56, S. 44.

[6]) z. B. RG 4, S. 131.

[7]) Vgl. Roth a. a. O., Bd. II.

[8]) Bayr. Gewerbsgesetz v. 30. Jan. 1868, Art. 7.

[9]) Vgl. hierzu Regelsberger, Bayr. Hypothekenrecht Abt. I, § 46, S. 198 ff. Roth Bd. III, S. 185, 3b.

Dienstbarkeiten in Art. 637 ff., 686—710. Wie das römische Recht, so teilte auch das französische die Dienstbarkeiten in Grund- und persönliche Dienstbarkeiten. Römischen Ursprungs ist auch das Verbot der Dienstbarkeit an eigener Sache (Art. 637). Da das französische Recht auch Eigentum an Teilen von Grundstücken, z. B. am Grundstückinnern oder an der Oberfläche kannte, so war hier eine scharfe Abgrenzung notwendig.[1]) Wie das römische, so kannte auch das französische Recht Legalservituten; dagegen waren ihm nur »Grundstücke i. e. S.« als Gegenstände der Belastung durch Dienstbarkeiten bekannt. Der Inhalt der Grunddienstbarkeiten erhielt eine wichtige Einschränkung durch das streng durchgeführte Erfordernis des Grundstücknutzens.[2]) Immerhin war auch das Verbot eines Gewerbebetriebs auf dem dienenden Grundstück u. U. zulässig.[3]) Andere Vorteile konnten nur Gegenstand persönlicher Nutzungsrechte sein. Erweitert gegenüber dem preußischen Recht war der Begriff des Vorteils jedoch dadurch, daß ein auch eventueller dereinstiger Vorteil hinreichend war. Entgegen dem ALR durfte eine Dienstbarkeit nicht in einem Tun bestehen. Dieser Grundsatz konnte jedoch wegbedungen werden. Art. 698 gab dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks die Möglichkeit, vertraglich als Titel einer Dienstbarkeit folgendes zu vereinbaren: z. B. die Kosten der Errichtung eines Baues auf dem dienenden Grundstück solle der Eigentümer des dienenden Grundstücks tragen. Durch das Verbot des »in faciendo consistere« war die Begründung von Zwangs- und Bannrechten gesetzlich ausgeschlossen.[4]) Erleichtert war die Begründung von Dienstbarkeiten durch folgenden Umstand: Das französische Recht unterschied zwar beim vertraglichen Erwerb dinglicher Rechte gleichfalls zwischen obligatorischem und dinglichem Rechtsgeschäft. Beide bedurften aber in der Regel keiner Form. Sie fielen daher meist zusammen. Es konnte somit eine Dienstbarkeit unmittelbar durch Vertrag, evtl. sogar durch Vertrag zugunsten Dritter bestellt werden.[5]) — Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit des französischen Rechts CC Art. 628 wurde vorbildlich für die Regelung des BGB.[6])

Im allgemeinen betrachtet war das französische Recht für die Begründung von Dienstbarkeiten nicht geeigneter als etwa das neuere preußische. Die Ideen des wirtschaftlichen Liberalismus

---

[1]) Vgl. Zachariä-Crome I, S. 650 Anm. 1a.
[2]) Vgl. Zachariä-Crome Bd. I, S. 652 Anm. 1.
[3]) Vgl. Badische Rechtspraxis 1906, S. 61.
[4]) Vgl. Zachariä-Crome I, S. 652 Anm. 8.
[5]) Vgl. JW 1900, S. 900 Nr. 19.
[6]) Endemann, § 107 Anm. 2.

waren im gewerblichen Leben Frankreichs schon früher wirksam geworden und hatten auch im französischen Recht ihren Niederschlag gefunden. Erleichterung des Rechtsverkehrs, Formfreiheit, Selbstverantwortlichkeit des Staatsbürgers sind die Merkmale dieser ersten modernen Gesetzgebung. So bedurfte es nur jener allgemeinen Klausel aus dem römischen Recht, um z. B. die Zwangs- und Bannrechte, die Feinde des Unternehmungsgeistes und aufblühenden gewerblichen Lebens, zu beseitigen.

§ 5.

Es sollen im folgenden das geltende Recht und die Stellung der Rechtsprechung zu den Fragen des Themas einer Betrachtung unterworfen werden.

Welche rechtlichen Möglichkeiten bietet unser geltendes Recht jemand, der eine im Wirtschaftsleben vielleicht errungene starke Stellung auf die Dauer gegen Eingriffe des Wettbewerbs sichern will? Auch unser Recht bietet in den Dienstbarkeiten für die genannten Zwecke das wirksamste Mittel. Denn das BGB stellt durchaus keine von jeder rechtsgeschichtlichen Überlieferung freie Neuschöpfung dar. Es ist hervorgegangen aus dem Zusammenwirken der römisch-rechtlichen und deutsch-rechtlichen Anschauungswelten. Es hat auf den Erfahrungen von Generationen aufgebaut und die wertvollsten Elemente deutschen und römischen Rechts in sich vereint. So ist es auch zu erklären, daß die Dienstbarkeiten eine Reihe wesentlicher Veränderungen erfahren haben.

Zunächst gilt es, einen allgemeinen Blick auf die Stellung der Dienstbarkeiten im System des Sachenrechts zu werfen. In der bekannten Einteilung in Nutzungs- und Verwertungsrechte gehören die Dienstbarkeiten der ersteren Gruppe an.[1]) Die Regelung des BGB beruht rechtsgeschichtlich im wesentlichen auf römisch-rechtlichen Grundlagen. Dies zeigt schon die gemeinsame Bezeichnung Dienstbarkeiten, die beschränkte persönliche Dienstbarkeiten und die unbeschränkte persönliche Dienstbarkeiten, den Nießbrauch, die vor allem aber die Grunddienstbarkeiten umfaßt. Dem gemeinsamen Begriff »Dienstbarkeiten« kommt allerdings eine im wesentlichen theoretische Bedeutung zu. Das BGB hat davon abgesehen, den Inhalt der Dienstbarkeiten im einzelnen festzulegen. Dadurch unterscheidet es sich von der Mehrzahl der vor 1900 geltenden Rechte und vor allem von der Regelung der übrigen Sachenrechte des BGB, die inhaltlich genau bestimmt sind. Das BGB hat sich, wie gesagt, damit begnügt, dem Inhalt der Dienstbarkeiten allgemeine Grenzen

[1]) Anders infolge eines engeren Nutzungsbegriffes, Mot. Bd. III, S. 475, 479 insbes.

zu ziehen, innerhalb deren der Parteivereinbarung freier Spielraum gelassen ist. Es ist dies ein begrüßenswertes Zeichen moderner Gesetzgebungstechnik. Die Grenzen für den Inhalt der Dienstbarkeiten sind zwingenden Rechtes.

Um auf die Grunddienstbarkeiten insbesondere überzugehen, so unterscheidet das BGB im § 1018 ganz allgemein drei Arten:

1. das Recht, das dienende Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen;
2. das Recht, die Vornahme gewisser Handlungen auf dem dienenden Grundstück zu verbieten;
3. den Ausschluß eines sich (aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück) dem anderen Grundstück gegenüber ergebenden Rechtes.

Es sollen nunmehr die Grenzen für den Inhalt der Dienstbarkeiten festgestellt werden. In der erschöpfenden Aufzählung der drei Arten von Dienstbarkeiten ist die erste Grenze für die Parteivereinbarung zu erblicken. Eine weitere Abgrenzung ergibt § 1019, der das römisch-rechtliche Erfordernis des Grundstücksnutzens für das heutige Recht aufrecht erhält. Ein deutsch-rechtliches Element aus dem preußischen Recht findet sich im § 1020. Hier wird ein Tun als Nebenverpflichtung einer Dienstbarkeit gewissermaßen allgemein zugelassen. Mit dieser Regelung steht das BGB im Gegensatz zum römischen Recht, wo die Verpflichtung zu einem Tun nur ausnahmsweise bei der servitus oneris ferendi[1]) begründet werden konnte. Immerhin ergibt sich auch aus der Regelung des § 1020 für unser Recht, daß die Verpflichtung zu einem Tun als Hauptverpflichtung nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein kann. Eine weitere Grenze, die in wirtschaftspolitischer Hinsicht bedeutsam ist, liegt darin, daß ein Benutzen des Grundstücks als Inhalt einer Grunddienstbarkeit nur »in einzelnen Beziehungen« zulässig ist. Eine dem Nießbrauch inhaltlich ähnliche Grunddienstbarkeit ist also mit Recht vom Gesetz verworfen worden. Daß das Recht der Benutzung »in einzelnen Beziehungen« nicht eine Beschränkung in lokaler Hinsicht, d. h. auf einzelne Teile des dienenden Grundstücks, bedeuten sollte, hat das Reichsgericht mit Recht betont.[2]) Eine »untere« Grenze für den Inhalt der Grunddienstbarkeiten ergibt der erste Halbsatz des § 1018. Dieser spricht von einem Benutzungsrecht zugunsten des »jeweiligen« Eigentümers. Der jeweilige Eigentümer also, d. h. mehrere Eigentümer müssen die Dienstbarkeit ausüben können. Das Mindestmaß für den Inhalt einer Dienstbarkeit muß also die Möglichkeit einer mehrmaligen Be-

[1]) L 33 D. 8, 2.
[2]) RG im Recht, Bd. 11 Nr. 38 f.

nutzung in sich schließen. Nicht eintragungsfähig ist daher eine Dienstbarkeit zur Sicherung des Rechts auf Abholzung von auf dem Stamm gekauften Holze.[1]) Andererseits fällt sogar eine Substanzverringerung des dienenden Grundstücks, etwa durch Entnahme von Lehm oder Kalk, noch unter den Begriff des »Benutzens« im Sinne des § 1018.[2]) Was unter »Handlung« im Sinne der zweiten Gruppe des § 1018 zu verstehen ist und inwieweit hier eine inhaltliche Begrenzung der Parteivereinbarung liegt, soll später[3]) in anderem Zusammenhange erörtert werden.

Die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten sind von den Grunddienstbarkeiten nur der Person des Berechtigten nach verschieden. Sie knüpfen an eine Person an, unabhängig von deren Eigenschaft als Eigentümer eines Grundstücks. Der Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten dagegen ist im wesentlichen der gleiche wie bei den Grunddienstbarkeiten (§ 1090: ». . Befugnis, . . . die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann«). Von der Unterschiedlichkeit der Berechtigten könnte man darauf schließen, daß sich bei den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten das Erfordernis des praedio utilis in eine personae utilis verwandelte.[4]) Allein dem ist nicht so.[5]) Es kann vielmehr eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit auch dann bestellt werden, wenn sie kein persönliches Bedürfnis des Berechtigten befriedigt.

Der Satz 2 des § 1019, nach dem eine Grunddienstbarkeit nicht über das persönliche Bedürfnis des Berechtigten hinaus erstreckt werden darf, wird durch § 1091 dahin abgeändert, daß bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten im Zweifel der Umfang durch jenes Bedürfnis bestimmt werde. Die zwingende Begrenzung für Grunddienstbarkeiten sinkt also für beschränkte persönliche Dienstbarkeiten zu einer bloßen Auslegungsregel herab.[6]) Der gesetzgeberische Grund leuchtet nicht ganz ein. Bekanntlich können beschränkte persönliche Dienstbarkeiten auch juristischen Personen zustehen. Es liegt also kein Grund vor, die Rechte von Berechtigten mit unbeschränkter Lebensdauer ausgedehnter zu gestalten als die, die an das Eigentum an einem Grundstück gebunden sind. Hier ist vielmehr die Möglichkeit der gesetzlich sanktionierten Ausbeutung wirtschaftlich Schwächerer gegeben.

---

[1]) So auch Bay. 21, 98; OLG 9, 307; RG 60, 319; JKG 26 A, S. 275, 39 A 215.
[2]) s. für alle Wolff, § 106, II 1.
[3]) s. S. 25 der Arbeit.
[4]) Vgl. OLG 10, S. 117; RG 61, S. 341; RJA 6, S. 210.
[5]) Vgl. Wolff, § 112 II, S. 372.
[6]) Vgl. JKG 53 A S. 158; OLG 5, S. 317, 15, S. 372; RG 60, S. 320; Wolff, § 112 II Abs. II. S. 373.

§ 6.

Es soll nunmehr untersucht werden, inwieweit sich das Rechtsleben die vorstehend behandelten Institute des geltenden Rechts nutzbar zu machen suchte. Wie stellte sich ferner die Rechtsprechung zu der Frage der Beschränkung gewerblicher Freiheit im Verlaufe der Rechtsentwicklung?

Wenn wir das wirtschaftliche Leben ins Auge fassen, so waren es insbesondere die großen Brauereien, die die Dienstbarkeiten ihren Zwecken nutzbar zu machen suchten. Man war bestrebt, durch dingliche Belastung von Grundstücken, auf denen Bier ausgeschenkt wurde, sich die gewonnene Absatzmöglichkeit dauernd zu sichern und den Ausschank von Bier anderer Brauereien zu verhindern.

Eine Gruppe von Fällen, die mehrfach obersten Gerichten zur Entscheidung vorlagen, verlangten, daß die Verpflichtung zur Entnahme von Bier einer bestimmten Brauerei als Grunddienstbarkeit eingetragen werde. Bei Fällen dieser Art kann es sich um eine Dienstbarkeit der ersten Gruppe des § 1018 handeln: nämlich um das Recht, das dienende Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen. Oft war die Bierentnahmepflicht auch in dieser negativen Weise formuliert: Verbot, anderes Bier auszuschenken. Dienstbarkeiten dieser Art fielen dann unter die zweite Gruppe des § 1018, nämlich das Verbot der Vornahme gewisser Handlungen auf dem dienenden Grundstück. Die Gerichte hatten die Frage zu prüfen, ob die beanspruchten Benutzungshandlungen noch den zulässigen Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden könnten. Bei der Erörterung dieser Frage muß darauf hingewiesen werden daß die Dienstbarkeiten ursprünglich aufgefaßt wurden als rechtsgeschäftliche Beschränkungen des im § 903 BGB bezeichneten Eigentumsinhalts.[1]) Und zwar stammte nach dieser Ansicht das Recht auf Benutzung des dienenden Grundstücks aus dem positiven, das Verbotsrecht der Vornahme gewisser Handlungen aus dem negativen Inhalt des dienenden Eigentums.[2]) Die letztere Gruppe ist also rein negativer Art.[3]) Das herrschende Eigentum wird vermehrt um einen Teil der Ausschlußmacht des dienenden Eigentümers, vermöge deren er auf gewisse Handlungen, die auf dem dienenden Grundstück vorgenommen werden, wie der belastete Eigentümer reagieren kann. Letzterer hat also seine Verbotsbefugnis nicht eingebüßt, dieselbe ist vielmehr verdoppelt.[4]) Die dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks zu-

[1]) Vgl. Wolff, § 106 II 2; RGR Komm. Anm. 8 zu § 1018.

[2]) JKG 36 A. 216; Krückmann, Ziv. A. 111 Anm 110, Ziv. Ausg. 103, S. 192 f.; 199, 292 insbes.; Hirsch a. a. O. S. 225.

[3]) Vgl. Hellwig, Anspr. S. 26; Langheineken a. a. O. S. 9; anders Lehmann a. a. O., S. 118.

[4]) Vgl. Hirsch a. a. O. S. 208.

stehenden Benutzungsrechte dürfen nach dieser Ansicht nur solche sein, die sonst dem Eigentümer des dienenden Grundstücks kraft seiner Ausschlußmacht zuständen.[1]) Einigkeit herrscht jedenfalls auch heute noch darüber, daß die Grunddienstbarkeit den Eigentümer des dienenden Grundstücks niemals in seiner rechtlichen Verfügungsmacht, sondern nur in tatsächlicher Hinsicht beschränken darf.[2]) Man versuchte aber nun in der Rechtsprechung insbesondere des Kammergerichts, den Eintrag dieser Gewerbebeschränkungen dadurch zu hindern, daß man einen Unterschied machte zwischen Handlungen, die sich als Ausfluß des Eigentums darstellen und solchen, die sich aus der persönlichen oder gewerblichen Freiheit ergeben.[3]) Man wollte nur die erste Gruppe als Inhalt von Grunddienstbarkeiten zulassen, dagegen hielt man es für unzulässig, Handlungen der letzteren Art durch Grunddienstbarkeiten zu verbieten. Ein dahingehender Passus findet sich fast in allen Entscheidungen der Jahre 1900—1907. Allmählich erhob sich aber gegen diese etwas gesuchte Unterscheidung Widerspruch. Man erkannte die Gefahr entgegengesetzter Entscheidungen für die Praxis. Vor allem erregte aber folgender Umstand Bedenken. Das Kammergericht erklärte es für nicht eintragungsfähig, daß auf einem Grundstück nur Bier einer bestimmten Brauerei ausgeschenkt werde. Dagegen wurde einem Antrag stattgegeben, der das Verbot aussprach, andere Getränke als Bier oder Wein (also s. B. keinen Branntwein) auszuschenken.[4]) Das Formalistische dieser Entscheidungen war augenscheinlich. Es rang sich die Erkenntnis durch, daß die Grunddienstbarkeiten keine reinen Eigentumsbeschränkungen sein könnten. Man erkannte vielmehr, daß die Mehrzahl der Handlungen sowohl unter die Gruppe »Eigentum« als auch unter die Gruppe »persönliche oder gewerbliche Freiheit« fielen. Die Verknüpfung zwischen der Freiheit des Eigentums und der Person ist ja auch eine viel zu enge, als daß sich da eine für die Rechtsprechung brauchbare allgemein gültige Scheidung durchführen ließe.[5]) Wenn man das Eigentum beschränkt, so beschränkt man notwendigerweise

---

[1]) Vgl. Endemann, § 101, 1b; Roller S. 3f.; Drolshagen S. 17; Neumann zu § 1018; Staudinger III zu § 1018; Gierke Bd. II, S. 640; Wolff S. 329; Mot. III, S. 475, 479; JKG 36 A. 216.

[2]) Kohler § 94; Planck II zu § 1018: Biermann 2b zu § 1018: RGR Komm. Anm. zu § 1018, Anm. 6 zu § 1019; Endemann § 101, 1b; Wolff, § 106 II 2; Seuff, A. 66 Nr. 210; OLG 21, 408; JKG 45 A. 225, 51 A. 297.

[3]) So unter Berufung auf ALR §§ 11 f. I 22/§§ 1 f. I 23: OLG 5, 154; OLG 15, 371; RJA 3, 148: JKG 24 A. 241; 36 A. 216; OLG 18, 227, Bay. 6 n. F., S. 407; Stobbe-Lehmann II S. 7; Dernburg, Bürgerl. R. § 163 A. 3; Oberneck, § 90, 2b.

[4]) Planck 2b zu § 1018; Oberneck § 90, 2b; Z. Bl. Fr. G. III, 365; Recht 1902, S. 554; Recht, 7. Jgg. S. 401; OLG 5, 154; JKG 24 A. 241.

[5]) s. unten S. 40 ff. der Arbeit.

auch die persönliche oder gewerbliche Freiheit.[1]) Die oben genannte Unterscheidung in den gerichtlichen Erkenntnissen war ein volkswirtschaftlich durchaus richtiger, der juristischen Konstruktion nach aber verfehlter Versuch, den Kreis der nach § 1018 eintragbaren Rechte zugunsten der gewerblichen Freiheit weiterhin einzuengen. Während noch Stobbe-Lehmann[2]) davon ausgingen, daß die Begründung eines Gewerbebetriebes nicht Ausfluß des Eigentums, sondern allein der persönlichen oder gewerblichen Freiheit sei, so erkannte man nunmehr, daß dieser Satz, wenigstens in dieser schrankenlosen Verallgemeinerung, unzutreffend sei. Lehmann[3]) nahm in einer längeren Abhandlung eingehend zu der genannten Frage Stellung, und der Einfluß seines Buches ist denn auch in den Entscheidungen der folgenden Jahre unverkennbar.[4]) Die gerichtlichen Entscheidungen gingen von nun an von der Voraussetzung aus, daß die Handlungen, deren Verbot einzutragen beantragt wurde, vielfach gleichzeitig kraft Eigentums wie kraft persönlicher oder gewerblicher Freiheit erlaubt seien. Besäßen aber die besagten Handlungen beide vorgenannten »Eigenschaften«, so sei der Eigenschaft, Ausfluß des Eigentums zu sein, insofern die größere Bedeutung beizumessen, als das Vorhandensein der anderen Eigenschaft die Eintragungsfähigkeit des Verbots dieser Handlungen nicht hindern könne. Insoweit könnten also auch Handlungen, die sonst kraft persönlicher oder gewerblicher Freiheit erlaubt wären, durch Grunddienstbarkeiten verboten werden.[5]) Die sich durch das Verbot ergebende Beschränkung der persönlichen und gewerblichen Freiheit sei eine solche in tatsächlicher Hinsicht und ungeeignet, die Zulässigkeit einer dahingehenden Grunddienstbarkeit zu hindern.

Durch diese Enscheidungen, die der Entwicklung der gewerbebeschränkenden Dienstbarkeiten wieder günstiger waren, entstand sogleich aufs neue das Bedürfnis nach neuer Eindämmung dieser Belastungen des Grundeigentums. Da sich der anfangs beschrittene Weg als nicht gangbar erwiesen hatte, so suchte man nach einer neuen Möglichkeit. Und da schien das Buch, das der Entwicklung der Grunddienstbarkeiten — vielleicht auch ungewollt — neu die Wege geebnet hatte, selbst eine Handhabe zu bieten. Lehmann selbst nämlich brachte in seinem Buch[6]) eine neue Umgrenzung des

---

[1]) Vgl. hierzu Biermann 2b zu § 1018; Wendt a. a. O. S. 119; Heinr. Lehmann a. a. O. S. 157ff.

[2]) a. a. O. II 2 S. 7.

[3]) a. a. O. S. 157ff.

[4]) OLG 18, 227 (1908!); JKG 36 A. 216; Planck 2b zu § 1018; Wolff § 106 II 2 S. 353.

[5]) Turnau-Foerster I, 1c zu § 1018; Güthe a. a. O. I S. 195.

[6]) Lehmann S. 160.

Begriffs der »Handlungen, durch die das dienende Grundstück benutzt wird«. Zugrunde gelegt war ein Erkenntnis des Kammergerichts, das es bei der Alehnung einer Grunddienstbarkeit auf den Begriff der »Benutzung« des dienenden Grundstücks abgestellt hatte.[1]) Die Ablehnung war darauf gestützt, daß das dienende Grundstück durch die als Inhalt der einzutragenden Grunddienstbarkeit bezeichneten Handlungen nicht »benutzt« werde. Lehmann führte nunmehr aus, man könne nicht einerseits den Eintrag des Inhalts ablehnen, daß zwar Wein und Bier, aber kein Branntwein ausgeschenkt werde und zwar mit dem Hinweis darauf, daß durch eine Dienstbarkeit des genannten Inhalts eine andere Benutzungsart des Grundstücks herbeigeführt werde. Leugne man doch andererseits den gleichen Umstand bei einer Grunddienstbarkeit des Inhalts, daß nur bestimmtes Bier ausgeschenkt werden dürfe. Nach Lehmann soll nun die Grunddienstbarkeit eine Einschränkung in der Benutzungsart des dienenden Grundstücks herbeiführen. Und zwar muß sich eine Änderung in der Benutzungsweise des Grundstücks unmittelbar als Folge der Dienstbarkeit zeigen. Das Grundstück muß demnach vor Eintragung der Grunddienstbarkeit in anderer Weise benutzt worden sein als nachher. Eine solche Unterschiedlichkeit der Benutzungsweise wird aber schließlich auch ohne Bestehen einer Grunddienstbarkeit durch jede Handlung auf dem Grundstück in irgendeiner Weise herbeigeführt. Der Unterschied muß sich demnach, wie schon oben bemerkt, unmittelbar als Wirkung der Grunddienstbarkeit zeigen. Handlungen, die erst mittelbar eine Änderung in der Benutzung des Grundstücks herbeiführen, sollen nicht mehr unter die »Benutzungshandlungen« fallen, mithin nicht Gegenstand von Grunddienstbarkeiten sein können. Dies wäre also z. B. der Fall, wenn sich als unmittelbare Folge der Grunddienstbarkeit der Ausschank anderen Bieres als bisher zeigen würde; mittelbare Folge dagegen erst eine Änderung der Zusammenstzung des auf dem Grundstück verkehrenden Publikums.

Durch die Neuschaffung des Begriffs der »Benutzungshandlungen« wollte Lehmann derartige subtile Unterscheidungen, wie sie die Rechtsprechung bislang gezeitigt hatte, vermeiden. Aber man darf wohl sagen, daß dieser Versuch eher in sein Gegenteil umschlug. Denn eine Grenze zwischen Handlungen zu ziehen, die nur in ihrer mittelbaren Wirkung, und solchen, die unmittelbar infolge der Grunddienstbarkeit eine verschiedene Benutzung des Grundstücks herbeiführen, dürfte praktisch ebenso unmöglich sein wie eine Scheidung zwischen Handlungen kraft »Eigentums« und solchen »kraft persönlicher oder gewerblicher Freiheit«. Wer aber

[1]) JKG 24, A. 241.

sollte vollends »Handlungen, die nur eine geringfügige und solche, die eine nennenswerte Verschiedenheit in der Benutzung des Grundstücks herbeiführen«,[1]) in unwiderlegbarer Weise gegeneinander abgrenzen können? Hier besteht eine Gefahr, die in der Rechtsprechung stets vermieden werden muß, nämlich, daß subjektive Momente in einen Rechtsbegriff hineingetragen werden, mit dem die Gerichte arbeiten sollen. Gerade bei Gastwirtschaften kommt der Unterschied meist nur in der Art der zum Verkauf gelangenden Getränke und Speisen zum Ausdruck. Hier eine Grenze zu ziehen, ist im allgemeinen in der Praxis unmöglich. Der Lehmann'sche Weg erwies sich also als unbrauchbar.

In ähnlicher Weise wie Lehmann scheidet Planck[2]) die Benutzungshandlungen in solche von unmittelbarer und solche von mittelbarer Einwirkung auf das dienende Gundstück. Nach ihm wäre also das Verbot des Ausschanks anderer als bestimmter Biere zulässig, wenn hierdurch eine Verschiedenheit der Einwirkung unmittelbar auf das Grundstück hergeigeführt würde. In diesem Falle wäre also auch eine ausschließliche Bierbezugslast zulässig. Allein auch die Plancksche Begriffsbestimmung leidet an der Unmöglichkeit ihrer praktischen Verwertung. Denn zur Feststellung, ob der Verkehr auf dem dienenden Grundstück sich tatsächlich ändert, dürfte nicht einfach eine dahingehende Unterstellung des Gerichts genügen. Hier müßte ein richterlicher Augenschein eingenommen werden! Wie man sieht, ein unmögliches Verlangen; denn wer garantiert für dauernde Änderung des Verkehrs? Allgemein gültige Regeln lassen sich auch hier nicht aufstellen.

Ein Teil der Rechtsprechung bestimmt die »Handlungen« im Sinne von § 1018 dahin, daß ein »Verfahren mit dem Grundstücke« verboten werden müsse.[3]) Allein sie findet im Gesetz keine Stütze. In der verbotenen Tätigkeit liegt vielmehr eine Einwirkung auf das dienende Grundstück, die dessen Eigentümer selbst auch verbieten könnte. Es handelt sich bei den Grunddienstbarkeiten dieser Art, wie schon oben einmal kurz ausgeführt, um Übertragung eines Teils der Ausschlußmacht des dienenden Eigentümers auf den Eigentümer des herrschenden Grundstücks, so daß dessen Ausschlußmacht vermehrt ist.[4]) Die Einschränkungen des positiven Gehalts des dienenden Eigentums, also »des Verfahrens mit dem Grundstücke«, ist erst eine mittelbare Wirkung der Grunddienstbarkeit. Eine Beschränkung der Grunddienstbarkeiten derart, daß ein »Verfahren

[1]) Lehmann a. a. O.
[2]) Planck 2b zu § 1018.
[3]) OLG 15 S. 371; JKG 36 A. 216, aber RJA 10, 72.
[4]) Hirsch a. a. O. S. 225 ff.

mit dem Grundstücke« dem dienenden Eigentümer verboten werden müsse, ist mit rechtlichen Gründen nicht zu halten, wenn auch sonst rechtspolitische und volkswirtschaftliche Gesichtspunkte genug dafür sprechen mögen.

M. E. ist die Abgrenzung immer noch die annehmbarste, die die neuere Rechtsprechung offenbar zum Teil unter dem Einfluß der Lehmannschen Ansicht vorgenommen hat.[1]) Die für die Praxis nicht brauchbare Unterscheidung Lehmanns ist fallen gelassen. Man prüft nicht mehr, ob das Unterlassen der durch die Grunddienstbarkeit verbotenen Handlungen mittelbar oder unmittelbar von Einfluß auf die Benutzungsweise des dienenden Grundstücks ist. Geprüft wird vielmehr, ob durch Ausübung der einzutragenden Last eine Veränderung in der »Benutzung« des Grundstücks herbeigeführt wird. Für den Begriff »Benutzung« ist offenbar die Lebensanschauung maßgebend. So wird durch die Verschiedenheit des Verkehrs auf dem dienenden Grundstück eine Änderung in der Benutzung desselben herbeigeführt. Die Rechtsprechung führt diese Ansicht allerdings nicht folgerichtig durch. So nimmt sie z. B. eine solche Verschiedenheit bei gänzlichem Verbot von Schankbetrieben an, leugnet sie dagegen, wenn zwar eine Schankstätte besteht, aber keine geistigen Getränke ausgeschenkt werden. Nicht sehr überzeugend ist dabei der Hinweis, daß der Abschluß obligatorischer Kaufverträge auf dem Grundstück keinen Einfluß auf dessen Benutzungsart haben könne.[2]) Jedermann weiß, daß eine Schankstätte nicht zum Zwecke des Abschlusses eines obligatorischen Kaufvertrages über ein Glas Bier betreten wird, wenn nicht das dingliche Erfüllungsgeschäft, Einigung und Übergabe, unmittelbar nachfolgt.

Diese oben gezeigte Abgrenzung der Benutzungshandlung nach dem Sprach- und Lebensgebrauch hat vielleicht den Nachteil einer allzu großen Elastizität. Sprach- und Lebensgewohnheiten können in den einzelnen Gegenden ganz verschieden sein. Immerhin erscheint sie von den vorgetragenen Ansichten noch als die brauchbarste und den Bedürfnissen der Praxis am weitesten entgegenkommend.

§ 7.

In einer Reihe weiterer Fälle wurde beantragt, das Verbot eines bestimmten Gewerbebetriebes auf dem dienenden Grundstück einzutragen. Es waren dies Fälle, wo z. B. einer Villenkolonie der ruhige und vornehme Charakter durch das Verbot von Fabrikanlagen

[1]) z. B. JKG 45 A. 227; Bay. im Recht, Bd. 7 S. 401; Seuff. A. 45, Nr. 269; JW 09 Nr. 277; RGR Komm. A. 8 zu § 1018.

[2]) JKG 36 A. 216.

in der Nähe erhalten werden sollte.[1]) In anderen Fällen sollte die Errichtung lärmender oder übelriechender Betriebe verboten werden.[2]) Diese Dienstbarkeiten einzutragen, bestanden in der Regel im Hinblick auf die Erfordernisse des § 1018 keine Bedenken.[3]) Denn es handelte sich hier offenbar um das Verbot von Handlungen, die sich als Ausfluß des Eigentums darstellen.[4]) Ferner wird durch solche Belastung eine andere Benutzungsart des Grundstücks herbeigeführt,[5]) die bisherige Benutzungsmöglichkeit eingeschränkt.[6]) Allerdings muß die verbotene Benutzungsart sachlich mit der Beschaffenheit des dienenden Grundstücks zusammenhängen.[7]) Als sicheres Zeichen hierfür wurde es angesehen, wenn die zu belastenden Grundstücke gerade dauernd zum Betriebe des zu verbietenden Gewerbes eingerichtet waren.[8])

Es sind nun aber weiterhin Fälle, die gleichfalls das Verbot eines Gewerbes auf einem Grundstück zum Gegenstand hatten, nicht zur Eintragung gelangt. Mit der Erörterung dieser Fälle wendet sich die Betrachtung von den Vorgängen auf dem dienenden Grundstück ab und dem herrschenden Grundstück zu.

§ 1019 BGB erfordert, daß die Belastung des dienenden Grundstücks dem herrschenden Grundstück zum Vorteil gereichen muß. Es handelt sich also hier um das römisch-rechtliche Erfordernis des praedio utilis esse.[9]) Daß der Vorteil für das herrschende Grundstück nicht errechenbar, also kein rein wirtschaftlicher zu sein braucht, sprechen schon die Protokolle[10]) aus, und die Rechtsprechung[11]) hat sich zustimmend verhalten. Vorteilhaft ist daher auch und somit zulässig die Servitut des Villenbaus.[12]) Zulässig ist ferner eine Grunddienstbarkeit, die Anlage unschönen Aussehens[13]) und die Verunzierung historischer Stätten[14]) verbietet. Launen und Liebhaberein können allerdings keine Berücksichtigung finden. Immer-

[1]) Kohler im Ziv. A. 87 S. 157 ff.; OLG 5 S. 316, 10 S. 118, 21 S. 37 Anm.; JKG 36 A. 216, 39 A. 212, 42 A 245, 45 A. 228.

[2]) OLG 13 S. 372; Stobbe-Lehmann § 132, 4; Seuff. A. 25 Nr. 220, anders Seuff. A. 6 Nr. 11; Recht 1018 Nr. 375; JKG 40 A. 247, 53 A. 155.

[3]) anders Kohler § 94.

[4]) Kretzschmar Anm. 4 b zu § 1018.

[5]) Oberneck § 90, 2 b: JKG 24 A. 241.

[6]) JKG 45 A. 227; RGR Komm. Anm. 8 zu § 1018.

[7]) Endemann § 101, 1 b.

[8]) Oberneck § 90, 2 b.

[9]) Kohler, Ziv. A. S. 212; Dernburg, Bürgerl. R. III S. 493; Gierke II S. 647.

[10]) Prot. III 308; Mot. III 482: Staudinger 1 a zu § 1019; Planck 2 b zu § 1019; Windscheid-Kipp S. 1074; Jander S. 44; Kohler S. 161.

[11]) s. statt aller RG 61, 342.

[12]) s. Kohler, Ziv. A. 212.

[13]) KG Bl. 1907 S. 11.

[14]) Bad. Rechtspr. 08 S. 234.

hin muß allerdings der Vorteil von gewissenen wirtschaftlichen,[1]) privatrechtlichen Interesse für den jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks sein. Andererseits ist es nicht erforderlich, daß der Vorteil ein rein wirtschaftlicher sein soll.[2]) Das Erfordernis des privatrechtlichen Interesses ergibt das Wort »Benutzung« im § 1019.[3]) Daß der Vorteil ein wirtschaftlicher sei, wird durch den Umstand nicht ausgeschlossen, daß die Gründe, die zum Eintrag der Dienstbarkeit führten, sozialer oder gemeinnütziger Natur sind.[4]) Dennoch ist die Grenze zum Sozialen scharf zu ziehen. Insbesondere ist es nicht angängig, zur Verwirklichung öffentlichrechtlicher Zwecke das privatrechtliche Institut der Dienstbarkeiten zu verwenden: Bauvorschriften können nicht als Grunddienstbarkeiten eingetragen werden.[5]) Hier fehlt in der Regel das privatrechtliche Interesse.[6]) Allgemein ist zu sagen, daß nach dem Wortlaut des § 1019 Träger des Vorteils das herrschende Grundstück sein muß. Wie man sieht, ist es außerordentlich schwierig, aus dem Widerstreit der einzelnen Entscheidungen und Meinungen eine klare Formel für den Begriff des Vorteils herauszuschälen. Der Vorteil ließe sich etwa folgendermaßen bestimmen:

> Vorteil ist ein Nutzen von gewissem privatrechtlichem Wert, der dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks durch Erhöhung des Nutzungswertes desselben vermittelt wird.

Nun wurde in einer Reihe von Fällen der Ausschluß der gewerblichen Konkurrenz durch ein Verbot des konkurrierenden Gewerbebetriebes auf dem dienenden Grundstück erstrebt. Dem suchte die Rechtsprechung dadurch zu begegnen, daß sie darauf hinwies, in einem solchen Falle komme der Vorteil zwar dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks zugute, vielleicht auch seinem Gewerbebetriebe, aber nicht dem Grundstück. Hierzu ist folgendes zu bemerken:

Der Vorteil muß, das ist anzuerkennen, seine körperliche Grundlage in der Beschaffenheit und Zweckbestimmung des herrschenden Grundstücks haben.[7]) Er muß die Grundstückszwecke fördern. Auch

---

[1]) Wenigstens unmittelbar, z. B. für vorteilhaftere Vermietbarkeit oder Veräußerlichkeit.

[2]) so früher RG 61, 338; JKG 47 A. 186; dagegen mit Recht Biermann in Festschr. f. Gierke 1911 S 91; so auch jetzt OLG 41, 171.

[3]) Vgl. hierzu RG 61, 338.

[4]) Vgl. OLG 61, 343; JKG 35 A. 270; RGR Komm. A. 6 zu § 1090.

[5]) Vgl. Recht 07, 2743; 08, 759; 09, 2266; 10, 3511. Bad. Rechtspr. 07 S. 222; RG 61, 338.

[6]) Goldmann-Lilienthal III S. 388; Staudinger II, 1b zu § 1018, 1'a, b zu § 1019; anders Kohler S. 189.

[7]) L 15 § 1 D 8, 3; L 1, 6 pr. eod. tit.; Meyer, Pos. M. Schr. 1913 S. 49ff.; Elkeles ebenda S 82.

mittelbarer Vorteil genügt.[1]) Wird auf dem herrschenden Grundstück ein Gewerbe betrieben, das dem Grundstück den Vorteil vermittelt, so ist entprechend der gegebenen Begriffsbestimmung eine Grunddienstbarkeit zuzulassen.[2]) Jedenfalls ist es aber erforderlich, daß die Gewähr besteht, der Vorteil werde nicht nur den derzeitigen, sondern auch noch späteren Besitzern des Grundstücks zugute kommen. Ziel muß es stets bleiben, das Grundstück selbst und seine Zwecke zu fördern, nicht persönliche Vorteile für den gerade herrschenden Eigentümer zu schaffen.[3]) Es muß also das Moment einer gewissen Dauer gegeben sein.[4]) Dieses Moment müsse, so fordern viele,[5]) durch eine auf die Dauer angelegte Verbindung des Gewerbebetriebes mit dem herrschenden Grundstüek zum Ausdruck kommen. So wird insbesondere in der Regel eine gerade nur für diesen Gewerbebetrieb verwendbare dauernde Einrichtung verlangt.[6]) Allein dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Sie findet im Gesetz keine Grundlage. Eine besondere Einrichtung braucht zudem keineswegs immer für die Dauer des Vorteils eine Gewähr zu bieten. Man wird z. B. ein Maschinenhaus als dauernde Einrichtung ansehen, obgleich es den verschiedensten Gewerben dienen kann. Es dürfte eine hinreichende Gewähr für die Dauer des Vorteils allein in der objektiven Beschaffenheit des herrschenden Grundstücks zu suchen sein.[7]) Befindet sich also auf dem herrschenden Grundstück ein Gewerbebetrieb, der den geschilderten Anforderungen genügt, so ist auch zu seinen Gunsten der Ausschluß eines Wettbewerbsbetriebes zuzulassen.[8]) In der früheren Rechtsprechung findet sich auch bei dieser Frage eine Scheidung zwischen Wettbewerbsverbot und Eigentumsbeschränkung.[9]) Aber daß das Unterlassen eines Wettbewerbes unter »Nichtvornahme von Handlungen« fällt, sollte nicht mehr ernstlich bestritten werden. Besteht doch die Hauptwirkung darin, daß der Eigentümer in seinem Recht beschränkt

---

[1]) RGR Komm. 4 zu § 1019; Oberneck § 90, 2b.

[2]) Biermann S. 227; Fuchs I S. 290; Gierke II S. 647; Staudinger III S. 547 (7./8. Aufl.); Wolff S. 331; Turnau-Förster I, S. 454, Anm. 16 zu § 1018; Dernburg § 165 Anm. 13; RGR. Komm. Anm. 4 zu § 1019; Recht 03 S. 401 (Bay.); RG i. bad. Rechtspr. 1906 S. 61.

[3]) Dernburg III S. 493; Planck III S. 305; Endemann, Anm. 9 S. 635; Kohler S. 182f.

[4]) Staudinger III zu § 1019; Biermann S. 227; Planck III S. 306; weitergehend Kohler S. 189ff.

[5]) Staudinger III S. 547; Kohler S. 157, S. 173 insbes.; Drolshagen S. 46; Recht, Jahrg. 12 Nr. 326; OLG 10 S. 118; JGG 15 S. 360.

[6]) Recht 08 Nr. 326; OLG 52 S. 173.

[7]) Zustimmend Meyer-Elkeles; Wolff § 106 Anm. 27.

[8]) Seuff. A. 45 Nr. 168 (Bay.); Gierke § 144 Anm. 38 Satz 2.

[9]) Seuff. A 19 Nr. 18, 20 Nr. 106; Stobbe-Lehmann § 132 Ziff. 4.

wird, sein Grundstück zum Betriebe eines bestimmten Gewerbes zu benutzen, bzw. benutzen zu lassen. Diese Beschränkung kann zum Inhalte von Grunddienstbarkeiten gemacht werden.[1]) Daß dem Verbot eines bestimmten Gewerbebetriebes auf einem Grundstück, abgesehen von der Schranke des § 1019, keine Bedenken[2]) entgegenstehen, ist bereits oben[3]) dargelegt. Wird jedoch das herrschende Grundstück durch das Wettbewerbsverbot nicht gefördert, d. h. zu seinen Zwecken geeigneter, sondern ist der Vorteil ein rein persönlicher, so ist die Zulässigkeit der Verdinglichung abzulehnen.[4]) Geeigneter wird das herrschende Grundstück z. B., wenn ein oberhalb am gleichen Flusse betriebenes Gewerbe, dessen Abwässer den Gewerbebetrieb des herrschenden Grundstücks beeinträchtigen, verboten wird. Aber auch dann ist eine Grunddienstbarkeit zulässig, wenn die beiden Grundstücke, auf denen das gleiche Gewerbe betrieben wird oder eingerichtet werden soll, benachbart sind.[5]) Besonderen Schutz hat man in der Rechtsprechung jenen Geschäftsbetrieben angedeihen lassen, die sich »als die einzigen ihrer Art am Platze« darstellen.[6]) M. E. mit Unrecht, denn die Rechtsprechung soll es vermeiden, Monopolstellungen zu schaffen. Diese sollen im freien Wettbewerb errungen werden und so den volkswirtschaftlichen Wert einer Unternehmung erweisen.[7])

Ein Überblick über die Möglickeit der Begründung von Wettbewerbsverboten als Grundstückslasten in der Entwicklung des geltenden Rechts ergibt folgendes Bild. Man ist in der Rechtsprechung davon abgekommen, die Konkurrenzverbote um ihrer selbst willen schlechthin abzulehnen. Die älteren Schriftsteller, wie Dernburg,[8]) Kohler[9]) u. a., lehnten die Eintragung eines Konkurrenzverbotes gewissermaßen schon deshalb ab, weil überhaupt ein Wettbewerbsverbot vorlag oder doch vorzuliegen schien. Sie hielten jeden Ausschluß des Wettbewerbes lediglich für eine »Verbesserung der wirtschaftlichen Konstellation« (Kohler), ohne zu berücksichtigen, ob diese Verbesserung vielleicht auch zugleich

[1]) Turnau-Förster § 1018 I,1 b; Seuff. A. 45, 168.

[2]) Vgl. auch Biermann I c zu § 1019, Planck III b zu § 1090; Kretzschmar 4b zu § 1018.

[3]) s. § 6 der Arbeit.

[4]) RGR Komm. Anm. 4 zu § 1019; Lehmann S. 157 ff.; OLG S. 119; OLG S. 117; zu allgemein Kohler § 94.

[5]) OLG 41 S. 168, 6 S. 119; Bay. 15 S. 339 n. F. 4 S. 476; JW 03 Nr. 2160; Recht 08, II S. 58 Nr. 327; Seuff. A. 8 Nr. 17 S. 26, 25 Nr. 220 S. 327; Windscheid-Kipp I § 209, 8 a. E.; Dernburg I § 240.

[6]) Recht 08 Nr. 327; Bay. 12 S. 542.

[7]) Zustimmend, wenn auch aus anderen Gründen. Recht 08 Nr. 326; OLG 10 S. 117.

[8]) Dernburg, Pandekten I § 244 Anm. 19 S. 584.

[9]) Kohler S. 174.

dem Erfordernis des Grundstücksvorteils entsprach. Auf dem gleichen Standpunkt steht noch die ältere Rechtsprechung.[1]) Das neuere Schrifttum aber ist davon abgekommen, die Zulässigkeit eines Wettbewerbsverbots als Grunddienstbarkeit schlechthin zu leugnen.[2]) Nach heutiger Ansicht wird der Charakter eines Grundstücks nicht nur durch seine natürliche Beschaffenheit, sondern vorwiegend durch den vom Menschen hineingelegten Zweck bestimmt.[3]) Was daher diesem Zwecke dient, dient dem Grundstück.[4]) Diese Ansicht muß als zutreffend angesehen werden. Nachdem in unserer modernen Entwicklung Fabrik und Grundstück zu einer unzertrennbaren Wirtschaftseinheit geworden sind, und auch unser geltendes Recht die Fabrik als wesentlichen Bestandteil des Grundstücks ansieht, so erscheint es im allgemeinen nicht mehr angängig, im Hinblick auf das Moment des Vorteils noch eine Trennung zwischen Gewerbebetrieb auf dem Grundstück und dem Grundstück als solchem zu machen. Damit bliebe die Unzulässigkeit der Wettbewerbsverbote auf die Fälle beschränkt, bei denen ein Vorteil für das herrschende Grundstück, etwa wegen der übergroßen Entfernung vom dienenden, vernünftigerweise nicht mehr denkbar ist. Außer diesem Hindernis gibt es aber nach dem heutigen Stande der Rechtsentwicklung keine Möglichkeit, die Eintragung eines Wettbewerbsverbotes als Grunddienstbarkeit deshalb zu verweigern, weil sie sich praktisch als Unterbindung der Konkurrenz auswirkt.

§ 8.

Nur selten ist in der Rechtsprechung zu den im Vorhergehenden behandelten Fällen die Frage erörtert worden, ob der Eintragung etwa die allgemeinen Bestimmungen des BGB über Sittenwidrigkeit oder die der Gewerbeordnung, insbesondere die über Zwangs- und Bannrechte entgegenstehen.

Die Gewerbefreiheit ist ein allgemeines Prinzip unserer Gesetzgebung geworden. Sie ist jedoch inhaltlich nicht fest abgrenzbar. Ihre Rechtsnatur ist daher bestritten. Auf diese Frage kann jedoch im Rahmen dieser Arbeit nur kurz eingegangen werden. Die eine, wohl abzulehnende Ansicht bezeichnet sie als subjektives öffentliches Recht.[5]) Das OVG[6]) und anscheinend auch das RG[7]) neigen der

---

[1]) z. B. OLG 6 S. 120; 10 S. 118.

[2]) Vgl. Drolshagen S. 46; Wolff II § 106 Anm. 27; Gierke II S. 648; Staudinger III S. 547.

[3]) Meyer a. a. O.; Elkeles a. a. O.

[4]) Vgl. RG 30 S. 207; Gruchot 57 S. 190; JKG 52 A. 175; Seuff. A. 45 Nr. 168; Recht 03 S. 407 (Bay.).

[5]) so Rehm a. a. O. [6]) so z. B. OVG 6 S. 265; 11 S. 307.

[7]) z. B. RG 51 S. 369.

Ansicht zu, die die Gewerbefreiheit nicht als fest fixiertes Recht ansieht.[1]) Das Reichsgericht erkennt allerdings ein subjektives Privatrecht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebe an,[2]) gewährt also außer dem Schutz auf Grund des unl. Wettbewerbsgesetzes auch den Schutz der §§ 823 ff. BGB, ohne jedoch im Einzelfalle alle Konsequenzen zu ziehen. Daß z. B. bei Eintragung des Verbots eines bestimmten Gewerbebetriebs auf dem Grundstück die Beschränkungen in der Benutzung des dienenden Grundstücks regelmäßig zugleich solche der persönlichen und gewerblichen Freiheit enthalten, ist bereits oben § 6 ausgeführt worden. Allein die Tatsache, daß ein Gewerbebetrieb auf einem Grundstück Ausfluß der persönlichen und gewerblichen Freiheit ist, beweist nach den obigen Darlegungen noch niemals, daß er keine Benutzung des Grundstücks sei. Da die Benutzung des Grundstücks zum Gewerbebetriebe jedoch zugleich aus der allgemeinen gewerblichen Freiheit fließt, so ist zu prüfen, ob die Begründung einer Benutzungsbeschränkung etwa insoweit abzulehnen ist, als sie eine unzulässige Beschränkung dieser Freiheit bedeutet. Die neuere Rechtsprechung ist davon abgekommen, diese Frage schlechthin zu bejahen. Sie will dem freien Wettbewerb so viel Spielraum lassen, als dies ohne Gefährdung oder Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz von Personen möglich ist. Gerade bei Verbot von Gewerbebetrieben auf einem Grundstück ist die Eintragung vielfach mit dem Hinweis zugelassen worden, der Belastete sei ja nicht gehindert, sein Gewerbe anderswo zu betreiben.[3]) Damit ist zugleich der Rahmen für die Zulassung von Wettbewerbsverboten unter diesem Gesichtspunkt gegeben.[4]) Anders lautete die Entscheidung in den Fällen, wo die wirtschaftliche Existenz des Belasteten gefährdet war.[5]) Wie dies geschehen kann, soll folgendes Beispiel zeigen. Während obligatorische Bierbezugsverträge auf längere Dauer, z. B. etwa auf 15 Jahre, noch als mit obigen gesetzlichen Schranken und mit den guten Sitten vereinbar angesehen werden, weil hier bei mangelhafter Lieferung Rücktritt des Abnehmenden möglich ist,[6]) so liegt bei Verdinglichung dieser Verpflichtung der Fall anders. Dies erhellt sofort, wenn man sich die Lage des Nächsterwerbers des belasteten Grundstücks vorstellt, der

---

[1]) Seydel a. a. O. V S. 661; 2. A. III S. 410; Laband 2. A. II S. 201, 5. A. III S. 207; Schecher S. 7; Seidler a. a. O.

[2]) RG in Rt. Drucks. 1905 06 Nr. 351 S. 85 ff.

[3]) Pos. M. Schr. 1913 S. 84; OLG 41 S. 168; Seuff. A. 39 Nr. 119, 54 Nr. 171.

[4]) Vgl. RG 53 S. 15[illegible]; ebenso S. 187 insbes.; Seuff A. 35 Nr. 196, 48 Nr. 240, 241 (Bay.); Kretschmar S 322.

[5]) RG JW 1898 S. 77 Nr. 41 f.; Seuff. A. 54 Nr. 171.

[6]) Bay. 14 S. 727; Seuff. A. 49 Nr. 102; RG in DJZ 1901 S. 118; JW 06 S. 419 Nr. 3; Lehmann a. a. O.

evtl. nicht zugleich in einem obligatorischen Verhältnis mit der Brauerei steht. Er wird in ein Abhängigkeitsverhältnis zu ihr gebracht, das zur Vernichtung seiner wirtschaftlichen Existenz führen kann.

> »Kann doch die Brauerei nach Belieben die Lieferung einstellen oder mangelhaft liefern, ohne daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks Rechte gegen sie geltend machen könnte. Bezieht er dagegen anderes Bier, so setzt er sich der Klage aus § 1018 BGB aus, ohne ein obligatorisches Zurückbehaltungsrecht oder sonstigen Anspruch dagegen geltend machen zu können. Will man sich auf die praktische Seltenheit derartiger Fälle berufen, so bleibt immerhin noch der Umstand bestehen, daß bei einem Wechsel des Grundstückeigentümers die Brauerei es praktisch in der Hand hat, den bisherigen Eigentümer zu zwingen, daß er das Grundstück dem verkauft, der sich, evtl. unter ungünstigeren Bedingungen, zum Vertrag mit der Brauerei bequemt.«

Der oben behandelte Fall kann sogar de facto auf eine Umgehung des § 137 BGB hinauslaufen.[1]) Eine ausschließliche Bierbezugslast würde also unter diesen Umständen gegen die allgemeinen Bestimmungen des BGB verstoßen.

Zu prüfen wäre ferner, ob in der vorstehend behandelten Belastung mit ihrer unbegrenzten Dauer[2]) ein Verstoß gegen die allgemeinen Bestimmungen der Gewerbeordnung über Zwangs- und Bannrechte gefunden werden kann.

Zum Zwecke dieser Untersuchung müssen die §§ 7—10 der Gew.O. einer genaueren Betrachtung unterzogen werden.[3]) § 7 Gew.O. hebt alle Zwangs- und Bannrechte insoweit auf, als sie nicht durch Vertrag begründet sind. Die übrigen werden dann im § 8 für ablösbar erklärt, die Bierbezugslast ausdrücklich in § 8 Ziff. 2 genannt. Daß die Bierbezugslast auch zu den Zwangs- und Bannrechten gehört, ergibt zudem das Wort »zwingen« in Ziff. 2 vom § 8. Dann sprechen aber auch die Motive zu §§ 7 ff. stets von den Zwangs- und Bannrechten des § 8, ohne die Ziff. 2 auszunehmen. Daß in Ziff. 2 eine Einzelaufzählung eines Zwangsrechtes vorliegt, erklärt sich daraus, daß hierdurch der Kreis der Zwangs- und Bannrechte insofern erweitert wird, als bei der Bierbezugslast die Verpflichteten Einzelpersonen sind, während es sonst Begriffsmerkmal der Zwangs- und

---

[1]) Vgl. hierzu Lehmann a. a. O. S. 157 ff.

[2]) Vgl. Kretzschmar Anm. 4b zu § 1018 BGB; RG 59 S. 109, 53 S. 154; OLG 10 S. 117.

[3]) Vgl. hierzu Lehmann a.a.O.; Landmann Anm. 4 zu § 10 Gew.O.; Seuff. A. 49 Nr. 102; Seuff. Bl. 49 S. 6, 59 S. 162, 75 S. 323; Gruch. A. 9 S. 554, 4 S. 530; RG 63 S. 333.

Bannrechte ist, daß zwar ein örtlich begrenzter, aber der Zahl nach unbestimmter Kreis von Personen dem Zwange unterliegt.[1]) § 10 spricht sodann aus, daß die genannten Zwangs- und Bannrechte fortan nicht mehr begründet werden dürfen. Es fragt sich jedoch, ob dies ohne Unterschiedlichkeit hinsichtlich der Zeitdauer der Verpflichtungen gilt. Die Motive sprechen aus, öffentliches Interesse an der Ablösbarkeit bestehe nur, wenn die Lebensdauer des Verpflichteten eine unbegrenzte sei. Doch hat damit nur zum Ausdruck kommen sollen,[2]) daß sich die Ablösbarkeit auf verdinglichte oder juristischen Personen zustehende Rechte beschränke. Nicht dagegen darf man hieraus schließen, daß die auf kürzere Zeit bestellten Rechte nicht von dem öffentlichen Interesse berührt würden. Dies ergibt die Entstehungsgeschichte des § 10 Gew. O. Im Entwurf von 1869 hatte dieser Paragraph eine dahingehende Fassung, Neuerwerb der genannten Rechte solle nur dann ausgeschlossen sein, wenn sie die Dauer von 10 Jahren überschritten. Ursprünglich sollte also zeitweise Bestellung gestattet sein. Diese Einschränkung wurde jedoch im Reichstage abgelehnt.[3]) Man nahm also auch an der Beseitigung kürzerer befristeter Rechte ein öffentliches Interesse.[4]) Demnach ist entgegen den oben[3]) angeführten Meinungen bei der Frage, ob ein Zwangs- und Bannrecht vorliegt, nicht so sehr das Moment der Zeitdauer als das der unbestimmten Zahl der Verpflichteten hervorzuheben (wobei der Kreis der Zwangs- und Bannrechte ausdrücklich um die Bierbezugslast mit einer bestimmten Zahl von Verpflichteten erweitert ist).

Im Ergebnis würde also die Betrachtung der drei behandelten Gruppen von Fällen unter dem Gesichtspunkt der gewerblichen Freiheit dahin führen, daß die Verbote von Gewerbebetrieben auf einem Grundstück im allgemeinen nicht gegen die Gewerbefreiheit verstoßen, wenn auch gewiss Fälle denkbar sind, in denen das Gegenteil zutrifft. Dagegen würden Bierbezugslasten in jedem Falle entweder gegen die allgemeinen Vorschriften des BGB und der Gewerbeordnung oder doch gegen letztere allein verstoßen.

§ 9.

Es sollen nunmehr die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten als Mittel zur Verwirklichung wirtschaftlicher Zwecke betrachtet werden. Daß sie ihrem Inhalt nach im wesentlichen den Grunddienstbarkeiten entsprechen, zeigt schon der Wortlaut des § 1090 BGB

[1]) Mot. zu § 7 Gew. O.; Sten. Ber. d. Rt. 1869 III S. 110.
[2]) so RG 59 S. 109.
[3]) s. S. 34 Anm. 2 der Arbeit.
[4]) Vgl. hierzu auch JW 1905 S. 56 Nr. 35.

und wurde auch bereits oben[1]) ausgeführt. Nur fallen die Beschränkungen für den Inhalt der Grunddienstbarkeiten, die sich aus § 1019 ergeben, in gewissem Sinne fort (§ 1091). Da die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten an eine Person als Berechtigten geknüpft sind, so glaubte der Gesetzgeber, ihnen nicht so enge Schranken ziehen zu brauchen wie den Grunddienstbarkeiten. Die wichtigste Schranke für die Grunddienstbarkeiten, das Erfordernis des Grundstücksvorteils, blieb nicht einmal in entsprechend veränderter Form aufrecht erhalten. Da aber, wie allgemein anerkannt[2]) die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten auch juristischen Personen zustehen können, deren Lebensdauer eine unbeschränkte ist, so können sie sich oft zu gefährlichen Schädigungen des sozialen Lebens auswirken.[3]) So kann das Verbot gewerblichen Wettbewerbs den Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bilden.[2]) Eine solche Dienstbarkeit kann die Errichtung von Fabriken, sonstigen gewerblichen Betrieben wie Verkaufsläden, Schenkräumen etc. verbieten[2]) oder von der Genehmigung des Berechtigten abhängig machen.[4]) Da sich der Inhalt dieser Art von Dienstbarkeiten gemäß § 1091 BGB nur im Zweifel nach den Bedürfnissen des Berechtigten richtet, so kann er bei entgegenstehender Vereinbarung weit über diesen Umfang hinausgehen. Der Berechtigte kann also in obigen Fällen sein Recht auch noch ausüben, wenn er selbst kein Grundstück mehr in der Nähe des belasteten Grundstücks besitzt, also ein unmittelbares vermögensrechtliches Interesse nicht mehr hat. Er kann dies, ohne einen Rechtsmißbrauch im Sinne von § 226 zu begehen[5]) und ohne etwa unter Hinweis auf § 1020 zur Unterlassung der Ausübung veranlaßt werden zu können. Hier liegt die Möglichkeit vor, durch die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten soziale Gefahren heraufzubeschwören. Hier wird einem einzelnen eine Macht gegeben, die er unter Umständen sehr zum Nachteil der gedeihlichen Entwicklung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse entfalten kann.

Allerdings unterliegen die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten einer wichtigen Einschränkung. Ist nämlich der Begriff der Handlungen im Sinne von § 1018 nicht erfüllt, so ist auch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht zulässig. Das trifft vor allem bei der Bierabnahmelast, ferner auch beim Verbot des Kleinhandels mit geistigen Getränken zu.[6])

---

[1]) s. S. 21 f., § 5 der Arbeit.
[2]) z. B. Planck 3b zu § 1090; Wolff § 112 I, 2.
[3]) anders ohne nähere Begründung Kohler in Rhein. Zeitschr. 3, S. 410.
[4]) Vgl. Oberneck § 105, 3 Abs. 2.
[5]) Vgl. OLG 15 S. 372.
[6]) JKG 36 A. 216; RJA 3 S. 148; KG in Bauers Z. 15 S. 163.

Unter die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten fallen auch eine Reihe zulässiger Gewerbeschränkungen aus sozialen Gründen. So kann ein Mühlenbesitzer zugunsten einer Meliorationsgenossenschaft gezwungen werden, die Entnahme von Mühlwasser zu Meliorationszwecken zu dulden.[1]) In einem andern Falle stand einer Stadtgemeinde die zulässige beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu, daß gewisse Viertel von Läden, Fabrikanlagen, Schankwirtschaften etc. freigehalten würden.[2]) Endlich können sich Baugenossenschaften und Siedlungsgesellschaften ausbedingen, daß in den von ihnen erbauten Häusern nicht mehr als eine bestimmte Anzahl von Familien wohnen dürfen oder daß Kostgänger nicht gehalten werden dürfen. Hierbei handelt es sich um Verbote von Handlungen, durch die eine Änderung in der Benutzung des dienenden Grundstücks herbeigeführt wird,[3]) also um den zulässigen Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit.

Im allgemeinen betrachtet, sind die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten dasjenige Rechtsinstitut, das für die Beschränkungen der Gewerbefreiheit am günstigsten ist. In der Hand von juristischen Personen können sie eine Gefahr für das soziale Leben bilden, indem sie wirtschaftliche Machtstellungen schaffen, deren Nutzen für das Gemeinwohl oft hinter dem Schaden zurückbleibt, der durch die Gefährdung oder Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Belasteten entsteht. Auf der andern Seite können sie, sozialpolitisch richtig verwendet, ein wirksames Mittel zur Schaffung gesunder sozialer Zustände sein.

§ 10.

Damit ist die Betrachtung der Dienstbarkeiten abgeschlossen und es gilt, zurückblickend sich eine Übersicht zu verschaffen über die Stellung der Rechtsprechung der letzten Jahrzente zu den Dienstbarkeiten und zur Gewerbefreiheit.

Wir sahen, wie der Servitutenbegriff des römischen Rechts unter dem Einfluß deutsch-rechtlicher Elemente, und nicht zuletzt unter dem Einfluß unserer Entwicklung vom Agrarstaat zum Industriestaat, in mannigfacher Hinsicht eine Wandlung erfuhr. Der Lockerung des engen römisch-rechtlichen Verhältnisses zwischen Servitut und herrschendem Grundstück entsprach es, daß Servituten zugunsten von Gewerbebetrieben auf dem herrschenden Grundstück allgemein zugelassen wurden. Das Erfordernis der causa perpetua fiel. Dieser

[1]) JKG 35 A. 270.

[2]) OLG 5 S. 316, 10 S. 118, 21 S. 37 Anm.; JKG 39 A. 212; RGR Komm. Anm. 6 zu § 1090.

[3]) OLG 18 S. 227.

Entwicklung trug das BGB Rechnung, indem es die Fortbildung der vor ihm geltenden Rechte in sich aufnahm. Der Fortschritt des Wirtschaftslebens verbot es eigentlich schon von selbst, weiterhin eine Unterscheidung zwischen dem Vorteil für den Gewerbebetrieb und solchem für das Grundstück, auf dem das Gewerbe betrieben wurde, zu machen. Die Entwicklung der Dienstbarkeiten lenkte die Aufmerksamkeit der Rechtsprechung auf sich. Man sah die volkswirtschaftlichen Gefahren, die sie in sich barg. So sahen wir im ersten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts die Versuche, durch Auffindung formeller Hindernisse den Kreis der nach § 1018 eintragbaren Rechte einzuengen. Die Versuche scheiterten. Die einzigen Schranken blieben § 1019 und das anfangs weniger zur Einschränkung der Dienstbarkeiten herangezogene Prinzip der gewerblichen Freiheit. Nach der Inflationszeit setzte die Vorkriegsentwicklung erneut ein. Die gesamte Gestaltung des wirtschaftlichen und sozialen Lebens aber ist eine andere geworden. Durch die Inflation ist eine große Verarmung des gesamten Volkes eingetreten. Die Höhe der Steuerlasten bedeutet gegen frühere Zeiten etwas unerhört Neues. Überall besteht die Notwendigkeit, zur Erlangung von Krediten, von Erwerbs- und Absatzmöglichkeiten, Belastungen des Grundeigentums vorzunehmen. Hier ist es Aufgabe der Rechtsprechung und nötigenfalls der Gesetzgebung, der Überlastung des Grundbesitzes sowie der Ausbeutung wirtschaftlich Schwächerer vorzubeugen. Die Belastungsmöglichkeiten müssen in Schranken gehalten werden, soweit sich dies irgend mit der wirtschaftlichen Notlage der zu Belastenden vereinbaren läßt und es zur Aufrechterhaltung gesunder sozialer Zustände notwendig ist. Die Gründe, die es zu einem der dringendsten Gebote der Staatsraison machen, die Belastung unseres Grundbesitzes und die Beschränkung der Freiheit, insbesondere des Kleingewerbes, zu verhindern, liegen aber tiefer. Sie liegen — und damit berührt das aufgezeigte Problem letzte Lebensinteressen unseres staatlichen und sozialen Lebens — im Wesen des Eigentums, das in Gefahr ist, in elementarer Weise verändert und so dem Volke entfremdet zu werden.

§ 11.

Das Eigentum ist, im Sinne der Rechtswissenschaft gesprochen, das stärkste und umfassendste Recht. Man kann in das Wesen des Eigentums auf den verschiedensten Wegen eindringen: vom Standpunkt der Rechtswissenschaft, der Volkswirtschaftslehre, der Soziologie, der Psychologie und der Philosophie. Es soll im folgenden versucht werden, das Wesen des Eigentums von den beiden letztgenannten Seiten her zu umzeichnen, um von hieraus die Lagerung der Probleme unseres Themas zu begreifen.

Stellt man vom Standpunkt der Philosophie die Frage aus: »Was ist Eigentum?«, so besteht die Antwort zunächst in einer weiteren Frage: »Was sind die Voraussetzungen dafür, das Eigentum sei?« Und die Antwort lautet: Voraussetzung für das Vorhandensein eines Begriffes »Eigentum« ist zunächst einmal der Mensch. Der Begriff »Eigentum« ist etwas notwendiger Weise auf den Menschen Bezogenes. Der Mensch wird zu »Person« d. h. zu einer für das Rechtsleben erheblichen Erscheinung, aber in der Mehrzahl der Fälle[1]) erst als Eigentümer von Sachen. Hierdurch wird er zur Rechtspersönlichkeit. Zweite Voraussetzung für den Begriff des Eigentums ist also die den Menschen umgebende Welt, ohne die er als »Person« im Rechts- und Staatsleben in der Regel nicht gedacht werden kann. Die Erscheinungen oder, besser gesagt, die Dinge zerfallen vom Menschen aus gesehen, in zwei Gruppen. Die erste Gruppe wird gebildet durch die Dinge, die zum Menschen in Beziehung stehen. Sie zerfällt nach dem Grade dieser Beziehung wieder in verschiedene Untergruppen. Die zweite Gruppe wird gebildet durch »alle übrigen« Dinge. In gleicher Weise, wie der Mensch nur in Beziehung zu Dingen als »Person« des Rechtslebens in Frage kommt, so kommen auch die Dinge für das Rechtsleben nur insoweit in Frage, als sie in irgendeiner Beziehung zum Menschen stehen. Dinge, die in einer derartigen Beziehung zum Menschen stehen, heißen wir »Sachen« im Sinne des Rechtslebens. Sachen sind Teile der Rechtsperson des Menschen. Sinnlos wäre es nämlich, Person und Sache in trennender Gegenüberstellung zu betrachten. »Es kann schlechterdings keine „Person" „ohne Sache" und keine „Sache" ohne „Person" gedacht werden,«[2]) wenigstens, soweit wir Mensch und Ding mit Rücksicht auf das Zusammenleben mit anderen Menschen und Dingen betrachten. Diese Betrachtungsweise kommt aber, wie wir sahen, für das Rechts- und Staatsleben allein in Frage. Das Beispiel Robinsons entbehrt der praktischen Bedeutung und kann daher außer acht bleiben. Der Mensch lebt mit den Dingen der ihn umgebenden Welt der Erscheinungen in notwendiger gegenseitiger Bezogenheit.[3]) Der Begriff des Menschen als »Person« im Rechts- und Staatsleben ist daher nicht vollständig, wenn diese Bezogenheit fehlt. Genau so ist es mit der Sache. Die Sache ist auch nur »Sache«, d. h. ein Gegenstand, der für das Rechts- und Staatsleben in Frage kommt, wenn sie in Beziehung zum Menschen gesetzt wird. Dies zeigt auch unser Sprachgebrauch, wenn wir davon sprechen, es sei »Sache jemandes,

---

[1]) Die Fälle, in denen der Mensch als nuda persona in ein Rechtsverhältnis eintritt, sind gegenüber der Zahl der übrigen gering.

[2]) Gerber, Geld und Staat S. 31.

[3]) Gerber ebenda S. 32.

dies oder jenes zu tun.« Erscheinungen der uns umgebenden Welt, zu denen wir in keinerlei Beziehung stehen, sind nicht »unsere Sache.« Dem dürfte auch die Regelung unseres Rechts entsprechen. »Sachen« im Sinne des § 90 BGB sollen sicherlich nicht nur körperliche Gegenstände ohne Beziehung zum Menschen sein. Rechtserheblich werden die Sachen erst durch ihre Beziehung zum Menschen.[1]) Wie wir also sahen, kommen für das Rechts- und Staatsleben nur Menschen in Bezug auf Dinge in Frage, d. h. »Personen« genau so, wie auch nur Dinge in bezug auf den Menschen von Erheblichkeit sind, das heißt »Sachen«.

Die gegenseitige Bezogenheit von Mensch und Sache kann, wie unser Rechtsleben zeigt, enger und lockerer sein. Die engste Beziehung zwischen Mensch und Sache ist das Eigentum. Da nun der Mensch im Rechtsleben stets als eigentumsbekleidete »Person« auftritt, da er nur dann Rechtsperson ist, so können wir das Eigentum an Sachen als einen integrierenden Bestandteil der Rechtspersönlichkeit des Menschen auffassen.[2]) Eigentum ist eine Beziehung oder rechtswissenschaftlich ausgedrückt, ein Rechtsverhältnis;[3]) wie gesagt, das engste, stärkste Rechtsverhältnis unseres Rechts. Voraussetzung für dieses Rechtsverhältnis sind »Person« und »Sache«. Die Frage nach den Voraussetzungen des Eigentums wäre somit beantwortet. Daraus ergibt sich leicht das wesentliche Merkmal des Eigentums, nämlich das der engsten Beziehung zwischen diesen beiden Voraussetzungen.

Wenden wir uns jetzt der zweiten Betrachtungsweise über das Wesen des Eigentums zu. Die Anerkennung des Eigentums als subjektiven Privatrechts bildet die Grundlage unseres Staatslebens. Die Gründe dafür, daß die überwiegende Mehrzahl das Staatsgebilde aller Zeiten die Anerkennung des Privateigentums zur Grundlage ihres Staatswesens erhoben haben, liegen gleichfalls im Wesen des Eigentums. Sie liegen jedoch nicht im Wesen des Eigentums im Sinne der Rechts- oder Staatswissenschaft oder der Soziologie, sondern sie sind tiefer zu suchen. Die Gründe für die genannte Erscheinung liegen auch hier in den beiden Grundelementen des Eigentums, in den Komponenten, aus deren Zusammenwirken der Begriff »Eigentum« entsteht: im Menschen und in den Dingen.

Es soll nunmehr versucht werden, das Wesen des Eigentums von einer entwicklungsgeschichtlich-psychologischen Seite her zu erfassen.

---

[1]) Vgl. Binder a. a. O. S. 467 ff.

[2]) Auch hieraus erhellt, daß eine Grenze zwischen Eigentum und Freiheit der Person nicht zu ziehen ist. Das Eigentum steht und fällt mit der Freiheit der Person. s. auch unten S. 59 der Arbeit bei der Erörterung des sowjetrussischen Rechts.

[3]) Gerber, Gutachten S. 10 f.

Die Dinge erhalten ihren Zweck und Nutzen durch den Menschen, der die Zwecke in sie hineinlegt und so, im wahrsten Sinne des Wortes »schöferisch« werdend, subjektive Werte schafft.[1]) Hierdurch ist das Wesen der Dinge in Beziehung zum Menschen aber noch nicht erschöpft. Damit wendet sich die Betrachtung dem Menschen zu. Der Mensch häuft bestimmte Dinge, die er zum Leben braucht, in seiner Umgebung an. Oder er erhöht den subjektiven Wert der Dinge dadurch, daß er sie bearbeitet, »veredelt«. Er bearbeitet den Acker, und aus dem Oedland wird fruchtbarer Boden, er schnitzt Bogen und Pfeile, formt Gefäße usw. Er fängt Tiere zur Nahrungsgewinnung. Und hier tritt das psychologische Moment auf, das im Sinne dieser Betrachtung die Grundwurzel des Privateigentums ist. Dadurch, daß der Mensch an den Dingen arbeitet, Zeit und Mühe auf ihre Bearbeitung oder Herstellung für sich[2]) verwendet, tritt er in ein persönliches Verhältnis zu ihnen ein. Sie werden ihm lieb und teuer, er will sie behalten, Gerade von diesem Acker, den er aus dem Urwald gerodet hat, will er sein Korn ernten. Gerade diesen Bogen will er behalten, den er mühselig schnitzte. Hier liegen für den Menschen Werte, die man in einem engeren Sinne »subjektiv« nennen könnte im Gegensatz zu jenen Dingen, die einer Mehrzahl wertvoll sind. Doch auch dieser Wert ist ein »subjektiver«!

Auf höheren Kulturstufen beruht das persönliche Verhältnis zwischen Mensch und Ding vielleicht nicht mehr auf der auf die Dinge verwandten rohen Herstellungsarbeit, sondern auf der Hingabe mühsam erarbeitetem Geldes für diese Dinge. Auch andere Momente kommen hinzu: Dinge, an die sich besondere Erinnerungen knüpfen, erhalten einen Wert vor anderen.

Betrachten wir nunmehr in gleicher Weise die zu Beginn der Untersuchung dieses persönliche Verhältnis zwischen Mensch und Ding, so erkennen wir, daß der Mensch den Dingen den Stempel seiner Persönlichkeit aufdrückt. Das wird besonders deutlich, wenn wir z. B. an einen Maler denken. Ein Rubens ist von einem Cézanne oder Marées ohne weiteres zu unterscheiden. Aber auch die Dinge, die der Mensch nicht selbst verfertigt hat, erhalten eine persönliche Note. Dieser Mensch hat gerade diese Gegenstände im Besitz. Jener ist Landwirt. Er hat also Dinge um sich, die zur Landwirtschaft gehören. Dieser Landwirt

---

[1]) Der Begriff des »objektiven Wertes« ist ein Widerspruch in sich selbst. »Subjektiv« heißt doch nicht nur in Beziehung zu einem Subjekt, sondern überhaupt zum Subjekt. Ein Wert, der für viele Subjekte da ist, wird durch die Mehrzahl der Subjekte doch nicht zum objektiven, und ein Wert, der dem Objekt ohne Beziehung zum Subjekt innewohnt, ist nicht anzuerkennen. (Das Gold auf dem Meeresgrunde!)

[2]) Nicht für andere.

hat gerade wieder andere Dinge als andere Landwirte. Dieses Verhältnis des Menschen zu »seinen« Dingen ist ein so enges, daß wir es als ein Stück seiner Persönlichkeit (Persönlichkeit diesmal nicht im Rechtssinne!) betrachten können. Die Dinge, die einen Menschen umgeben, ihn kleiden, ihm »gehören«, sind gewissermaßen eine Inkarnation, eine Fortsetzung seines Wesens in die Welt des phänomenalen Daseins hinaus. Dieses Verhältnis bezeichnen wir als »Eigentum.« Das Wort, eines der ältesten unseres Sprachgutes, bringt den vorgetragenen Gedanken sehr anschaulich zum Ausdruck: die Endsilbe »tum« bezeichnet immer das »Wesen«, das, was zu einer Person oder zu einer Sache gehört. So denke man an die Worte »Wittum«, »Weistum«, »Königstum« u. a. m. Eigentum heißt also Eigenwesen, alles, was jemandem zu eigen gehört.[1])

Im Hinblick auf das Zusammenleben mit anderen Menschen kommt nun aber ein weiteers Moment hinzu. Der Rechtsverkehr entwickelt sich, das Zusammenleben der Menschen gestaltet sich enger. Zugleich erwachsen aber auch Gefahren. Der Mensch trägt die Verantwortung für seine Sachen.[2]) Er hat den Schaden, wenn sie sich verschlechtern, untergehen oder ihm abhanden kommen. Casum sentit dominus. Dieses Moment wird bis in die neueste Rechtsentwicklung in der Gesetzgebung berücksichtigt. Häufig stattet auch unser BGB den, der die Verantwortung für eine Sache trägt, »der die Gefahr trägt«, mit eigentumsähnlichem Rechtsschutz aus. Man denke z. B. an die negatorische Klage des iuris quasi possessor, an den aquilischen Rechtsschutz des Bearbeiters, nicht Eigentümers fremder Sachen, »quia eo, quo tenetur, damnum videtur pati«.

Die Erfahrung zeigt, wie wichtig es ist, diesem psychologischen Moment im Eigentum Rechnung zu tragen. Denn so ängstlich besorgt der Mensch ist, solange er die Gefahr trägt, so leichtsinnig wird er, wenn diese Verantwortung sich mindert oder ganz wegfällt. Schon wenn die Verantwortung sich auf mehrere Personen verteilt, wird sie nicht mehr so zur Vorsicht mahnen. »Man ist ja nicht allein

---

[1]) Auch im Rechtsleben sollte man sich dieser Erkenntnis nicht länger verschließen. Das Eigentum ist ein Teil der Person. Es gehört also bei Rechtsverhältnissen nicht auf die Objekts-, sondern auf die Subjektsseite. Damit ergibt sich eine völlig neue Einteilung aller Rechtsverhältnisse. Danach lassen sich die Rechtsverhältnisse teilen in solche, bei denen der Mensch in Beziehung zu Sachen »sachbekleidet« auftritt (z. B. Kauf, Tausch, Miete, Pacht etc.) und solche, bei denen er als nuda persona in Frage kommt (z. B. Dienstvertrag, Werkvertrag, auch Verwahrungsvertrag?). Über die praktische Auswirkung dieser Gedankengänge vgl. Gerber, Geld und Staat; derselbe, Gutachten; zustimmend auch Binder, Rechtsphilosophie S. 467.

[2]) Vgl. Jung, Eigen u. Erbe in Philos. A. 1926 S. 533; derselbe in Verhandl. d. Preuß. Richtertages Cassel 1926.

schuld.« Ein Beispiel für zu stark verteilte Verantwortlichkeit ist die Verwendung der Steuergelder durch die Gemeinden in den letzten Jahren. Ein Gegenstand, für den man nicht oder nicht allein die Verantwortung trägt, ist also zugleich von vermindertem Interesse. Ein Eigentumsrecht, das keine persönliche Beziehung in einer Sache in der Art herstellt, wie sie bisher in drei Richtungen gezeigt wurde, ist also von geringerem Interesse, von geringerem Wert. Eine Sache, für die der Mensch nicht verantwortlich ist, behandelt er weniger schonend. (Man denke an das Gleichnis vom guten Hirten und vom Mietling.) Eine Sache, die seiner persönlichen Einwirkung völlig entzogen ist, sodaß sie ihm keinen Nutzen mehr bringt, betrachtet der Mensch in der Regel[1]) nicht mehr als sein Eigen. So verhält es sich aber auch mit dem überlasteten Grundeigentum, und hier liegt die Beziehung dieser Erörterung zur Frage des vorliegenden Themas. Ein überlastetes Grundeigentum ist für den Eigentümer kein »Eigentum« mehr. Er hat nur Lasten, keinen Nutzen mehr davon, er gibt es schließlich auf. Und wenn wir die oben[2]) angedeutete Gedankengänge weiter verfolgen, so kommen für unseren Recktsverkehr nur eigentumsbekleidete Personen in Betracht. Unsere Rechtsordnung erkennt dies ausdrücklich an und beruht auf der Anerkennung des Privateigentums. Wird nun das persönliche Verhältnis zwischen Person und Sache gelockert, so kann man auch nicht von Eigentum mehr sprechen. Denn, wie wir eingangs sahen, ist es dem Eigentum wesentlich, die engste Beziehung zwischen Mensch und Sache zu sein. Durch die Wesensveränderung des Eigentums würde also die Rechtsordnung in ihren Grundfesten erschüttert.

§ 12.

Wenn wir die Entwicklung Roms[3]) betrachten, so finden wir die vorhergegangenen Gedankengänge bestätigt.[4]) In Rom begann seit der Zeit der Gracchen eine allmähliche Überlastung des kleinen Grundbesitzes. Die Bauern gerieten in völlige Abhängigkeit von den großen Grundherren, so daß sie es schließlich vorzogen, ihr Eigentum aufzugeben.[5]) Schon zu Beginn der Kaiserzeit war der römische Bauernstand stark vermindert, teils ausgestorben, teils bildete er das städtische

---

[1]) Als Gegenbeispiel könnte hier der Fall der verlorenen Sache angeführt werden. Allein auch hier wird nach einem gewissen Zeitraum die Sache »aufgegeben.«

[2]) s. S. 40 der Arbeit.

[3]) Vgl. Spengler, Untergang S. 45ff.

[4]) Vgl. Seeck a. a. O. Bd. I Teil II Kap. 7.

[5]) Max Weber, Römische Agrargeschichte S. 129; Plinius zit. ebenda.

Proletariat. Diese Entvölkerung des Landes und Ansammlung des gesamten Lebens in einer Stadt, während das übrige Land verdorrte und abstarb, bedeutete den Übergang zu einem anorganischen Staatszustande, den Anfang vom Ende.[1]) Zur Kaiserzeit bietet Italien vorwiegend das Bild großen Latifundienbesitzes, der durch Sklaven bewirtschaftet wurde[2]) (Plantagenwirtschaft). Daß bei einer derartigen Bewirtschaftung nicht annähernd die Erfolge erzielt werden, als wenn der Eigentümer seinen eigenen Grund und Boden bebaut, leuchtet ein. In den römischen Kolonien vollzog sich die gleiche Entwicklung. Die Colonen gerieten in völlige Schuldknechtschaft und verließen massenhaft ihre Ländereien, sodaß die Äcker brach lagen und versumpften. Die Bevölkerungsziffer Italiens sank in erschreckender Weise. Konstantin der Große versuchte 323 n. Chr. durch gesetzgeberische Maßnahmen, den zahllosen Eigentumsderelíktionen zu steuern. Er band die Decurionen an die Scholle, wodurch sie zu einer Art Sklaverei verurteilt wurden. Wie meist gesetzgeberische Eingriffe in das Wirtschaftsleben verfehlt sind, so auch hier. Die Entwicklung war nicht aufzuhalten. Rom wurde eine leichte Beute der Germanen, die in die entvölkerten Gebiete mühelos eindrangen, von der versklavten Bevölkerung zum Teil als Befreier begrüßt.

»Rom ging zu Grunde, weil es keine Grundeigentümer mehr hatte.« Das deutsche Mittelalter war für eine ähnliche Entwicklung kein Nährboden. Zwar kannte auch das Mittelalter die Erscheinung sehr stark belasteten und damit entwerteten Grundeigentums, z. B. im Meier- oder Lehnsrecht. Allein dadurch, daß die Obereigentümer oder die Inhaber des dominium directum dieser belehnten Grundstücke, die Fürsten, den Grundbesitz entbehren konnten und andererseits die Belehnten, die Inhaber des dominium utile, tatsächlich von Eigentümern kaum zu unterscheiden waren, so wirkte sich das Lehnwesen in einer für den Staat günstigen Weise aus. Unsere moderne Entwicklung, fußend auf der Zeit der Aufklärung und des Liberalismus, hat sich der Erscheinung der spätantiken geldmächtlichen Gemeinwesen schon wieder stark genähert.[3]) Insbesondere darf auch in diesem Zusammenhange auf die Schädigungen des Staats- und Wirtschaftslebens hingewiesen werden, die durch das Eindringen der öffentlichen Hand in die Privatwirtschaft entstehen. Erst kürzlich haben die Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft hiergegen Stellung genommen und auf die daraus entstehenden Gefahren hingewiesen.[4]) Um so begrüßenswerter ist ein

[1]) Spengler, Untergang S. 46.
[2]) s. Anm. 5 S. 45 der Arbeit.
[3]) Sartorius a. a. O.
[4]) Vgl. Berliner Börsenzeitung Nr. 527 vom 11. Nov. 1926.

Beschluß des Hamburgischen Senates vom November d. J., worin er aus prinzipiellen Gründen die Beteiligung des Staates Hamburg an einem privatwirtschaftlichen Unternehmen ablehnte.

Spengler malt in der Einleitung zu seinem »Preußentum und Sozialismus« das nachdenkliche Bild von dem Menschen, der unser Gebiet überfliegt vor vierhundert Jahren und heute. Vor vierhundert Jahren konnte er sicher sein, daß die Häuser und Felder, die dort unten lagen, den Menschen gehörten, die er da wohnen und arbeiten sah. Heute, wer vermöchte ihm zu sagen, wem jene Fabrik, dieses Haus dort gehörte, noch vor drei Jahren gehört hat, in Bälde gehören wird? Dieses Bild zeigt mit erschütternder Anschaulichkeit dieselbe Erscheinung, die der Mensch vor 1500 Jahren über Italien hätte beobachten können: die Mobilisierung des Grundbesitzes. Im Gebiete des Privatrechts droht die Erscheinung entwerteten Eigentums gleichfalls eine häufigere zu werden. Wir, die wir durch Inflation und Reparation ein armes Volk geworden sind, bieten für eine Überlastung unseres Grundbesitzes das geeignetste Objekt. Jeder ist genötigt, sich in irgendeiner Weise Kredit- und Absatzmöglichkeiten zu schaffen. Da werden für Darlehn oder sonstige vermögensrechtliche Vorteile nicht nur Hypotheken, sondern auch andere Grundlasten übernommen und eingeräumt. Gerade weil uns infolge des harten Druckes, der auf uns lastet, diese Erscheinung eher zum Bewußtsein kommt, kann sie uns eine Rettung und zugleich eine Warnung davor sein, einer Entwicklung des Rechtsverkehrs nachzugeben, die den Grundbesitz noch weiter mobilisieren könnte. Jedes Volk hat seine natürlichen Wurzeln im Grund und Boden, der mit Recht zu den Elementen des Staatsbegriffes gehört.

Anhang.

§ 13.

Es sollen im folgenden einige außerdeutsche Rechte im Hinblick auf den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung untersucht werden.

Das neuerdings auch in der Türkei geltende schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) behandelt in der zweiten Abteilung des Sachenrechts die beschränkten dinglichen Rechte und hiervon an erster Stelle die »Dienstbarkeiten und Grundlasten«. Die Grunddienstbarkeiten sind hinsichtlich ihres Inhalts im einzelnen der kantonalen Gesetzgebung überlassen. Das ZGB begnügt sich mit der Aufstellung einiger allgemeiner Richtlinien. Es hat im Gegensatz zum Berner Recht (Satz 446—455) und in Übereinstimmung mit dem BGB darauf verzichtet, allgemeine Normen für alle Arten von Dienstbarkeiten aufzustellen. Es folgt dem römischen Recht (L. 1 D. serv. D. 8, 1) und dem Züricher Privatgesetz (§ 233ff.) in der Einteilung in Grunddienstbarkeiten, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten und Nutznießung. Das ZGB formuliert in Art. 730 den Begriff der Grunddienstbarkeiten wie folgt:

> »Ein Grundstück kann zum Vorteil eines anderen Grundstücks in der Weise belastet werden, daß sein Eigentümer sich gewisse Eingriffe des Eigentümers dieses anderen Grundstücks gefallen lassen muß oder zu dessen Gunsten in gewissen Richtungen sein Eigentum nicht ausüben darf.
>
> Eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen kann mit der Grunddienstbarkeit nur nebensächlich verbunden werden.«

Das Erfordernis der causa perpetua hat das ZGB gleich dem BGB aufgegeben.[1]) Der Vorteil für das herrschende Grundstück braucht also nicht mehr allein auf der natürlichen Beschaffenheit des dienenden Grundstücks, sondern kann auch auf künstlichen Anlagen desselben beruhen. Die Arten der Grunddienstbarkeiten sind entsprechend den beiden ersten Gruppen des BGB (§ 1018)

---

[1]) Vgl. Wieland Anm. 6 zu Art. 730; Schwander a. a. O. S. 20.

abgegrenzt. Die dritte Gruppe des BGB fällt nach ZGB mit der zweiten zusammen. Es bestehen demnach auf Grund des ZGB folgende Gruppen von Grunddienstbarkeiten:

1. solche, wonach dem Berechtigten gewisse Eingriffe gegenüber der belasteten Sache gestattet werden;
2. solche, bei denen der Belastete nach gewissen Richtungen sein Eigentum nicht ausüben darf.

So kann z. B. der Betrieb eines Gewerbes auf dem dienenden Grundstück, insbesondere von Fabrikanlagen, Schankwirtschaften etc. verboten werden.[1]) Auch in der Frage des non in faciendo consistere stimmt Art. 730 mit BGB § 1021 überein, obgleich letzterer die Zulässigkeit einer Nebenverpflichtung zu einem Tun nicht in dieser Allgemeinheit ausspricht. Ein Unterschied besteht jedoch: Das BGB behandelt eine derartige Bestellung als »Grundlast« (§ 1021, Abs. II BGB) im Sinne des schweizerischen Rechts, also nach dem Recht der Reallasten. Das ZGB dagegen faßt die Belastung auf als eine Art Nebenabrede des Bestellungsvertrages, die wie die ganze Leistungspflicht, einheitlich nach dem Recht der Grunddienstbarkeiten behandelt wird.[2]) Über die Regelung des BGB hinaus geht Art. 730, Abs. I. Nach dieser Bestimmung ist nicht nur das Erfordernis der Anpassung an die Eigenart des dienenden Grundstücks aufgegeben,[3]) sondern auch die Loslösung der Grunddienstbarkeit von den Interessen des herrschenden Grundstücks vollzogen. (Vgl. Art. 736, II: ». . . Ist ein Interesse des Berechtigten zwar noch vorhanden . . .«) Aus der Fassung des Art. 730 ist das Gegenteil nicht zu entnehmen, da hiermit nur die Grenzen zu den persönlichen Dienstbarkeiten gezogen werden sollten. Letztere sind auch zwischen einer Person und einem Grundstück, nicht zwischen zwei Grundstücken wie die Grunddienstbarkeit zulässig.[4]) Grunddienstbarkeiten können also nach schweizerischem Recht auch zum rein persönlichen Vorteil des herrschenden Eigentümers bestellt werden.[5]) Immerhin soll der Grundstücksnutzen noch als Auslegungsregel dienen (arg. Art. 739). Unbeschränkt zulässig sind daher nach Schweizer Recht Konkurrenzverbote als Grunddienstbarkeiten. Unter Hinweis auf die deutsche Rechtsprechung will man dagegen das Verbot von Handlungen nicht zulassen, die kraft persönlicher oder gewerblicher Freiheit erlaubt sind.[6]) Inwieweit sich dieser

---

[1]) Vgl. Wieland Anm. 2b zu Art. 730 ZGB.
[2]) Vgl. Schwander S. 35 f.
[3]) Vgl. Schwander S. 22; Erläuterungen z. Departementalentwurf III S. 128.
[4]) Vgl. Schwander S. 22.
[5]) Vgl. auch Züricher Privatgesetz § 257.
[6]) Vgl. Wieland Anm. 5 II zu Art. 730 ZGB.

Standpunkt unter dem Einfluß der neueren deutschen Entscheidungen gewandelt hat, entzieht sich meiner Kenntnis. Als gesetzgeberischer Grund für die Beseitigung des im deutschen Recht immer noch bewährten Nützlichkeitserfordernisses wird die Entwicklung des modernen Wirtschaftslebens bezeichnet. Als wünschenswert wird ferner die Zulässigkeit einer Tennisspielgerechtigkeit, einer Berechtigung zum Pflanzensammeln für Apotheker und ähnliches angeführt. Ferner erwähnt man noch die Forderung des Rechtslebens, eine Möglichkeit zu schaffen, die die einheitliche Anlage städtischer Villenquartiere zuläßt.[1]) Das gemeinrechtliche Erfordernis des Grundstücksnutzens wird in den Erläuterungen[2]) als ein »Postulat von mehr doktrineller als praktischer Bedeutung« bezeichnet. Ob der durch die genannten Gerechtigkeiten erreichte Vorteil jedoch die Gefahren aufwiegt, die im § 12 der Arbeit aufgezeigt wurden und die in der benachbarten Schweiz in gewissem Sinne doch zweifellos auch vorhanden sind, mag dahingestellt bleiben. Die Dienstbarkeit des Villenbaus läßt sich, wie das deutsche Recht zeigt, auch ohne Beseitigung der utilitas erreichen. Und die von Schwander[3]) angeführten Gerechtsame dürften kaum von so eminenter Bedeutung sein, um ein Abgehen von den bewährten Schranken zum Schutze des Grundeigentums zu rechtfertigen.

Hiergegen wird eingewendet,[4]) daß ZGB erkenne nicht jeden Vorteil als zulässigen Inhalt von Grunddienstbarkeiten an. Man führt dann die von unserm Recht bereits überwundene Schranke an, die sich aus der Unterscheidung zwischen Beschränkungen des Eigentums und solchen der persönlichen oder gewerblichen Freiheit ergibt. Allein die Unhaltbarkeit einer derartigen Unterscheidung konnte schon oben bei der Behandlung des geltenden deutschen Rechts nachgewiesen werden.[5]) Ferner führt Schwander an, einmal bestehe im Eintragungszwang eine hinreichende Schranke für Grundstückslasten und dann sei es nach schweizerischem Recht unmöglich, Grunddienstbarkeiten zu ersitzen. Aber der Eintragungszwang hat nicht die Überlastung des Grundbesitzes zu hindern vermocht, wie die deutsche Rechtsentwicklung zeigt. Daß in der Frage der Ersitzung von Dienstbarkeiten, insbesondere was die fakultative Eintragung der Dienstbarkeiten aus der Zeit vor 1900[6]) angeht, die Regelung des deutschen Rechts keine ganz glückliche ist, soll ohne weiteres eingeräumt werden. Nur darf man diesen Umstand nicht

[1]) Vgl. Schwander S. 34.
[2]) Erl. III S. 127.
[3]) Vgl. Schwander S. 23 f.
[4]) Vgl. Schwander S. 25.
[5]) Vgl. oben S. 19ff. der Arbeit.
[6]) Vgl. Art. 187 EG BGB.

als Moment für die leichtere Zulässigkeit von Grunddienstbarkeiten anführen, denn der deutsche Rechtszustand hat den Nachweis der Ersitzung eher erschwert als erleichtert. Was nun die schweizerische Regelung betrifft, so bestimmt das ZGB hinsichtlich der vor seinem Inkrafttreten bestehenden Realrechte, daß sie, soweit mit dem neuen Rechte vereinbar, von amtswegen einzutragen sind. (Art. 43, Abs. III.[1]) Bei nicht erfolgter Eintragung besteht zugunsten ihrer Gültigkeit kein öffentlicher Glaube (Art. 21 mit Art. 44, Abs. I[1]). Diese Regelung hat gegenüber dem BGB den Vorzug einer größeren Rechtssicherheit, die allerdings im Hinblick auf die letztgenannte Bestimmung auch nur eine verhältnismäßige ist. Was die Ersitzung von Dienstbarkeiten anlangt, so verweist Art. 731, Abs. III auf die Vorschriften über das Grundeigentum. Für Grunddienstbarkeiten kommen also als Erwerbsarten außerhalb des Grundbuches nur Enteignung und konstitutives Urteil in Betracht.[2])

Eine bedeutsame Regelung, die auch für unser Recht übernehmenswert wäre, hat das ZGB in Art. 736 getroffen. Hier ist dem Belasteten die Möglichkeit gegeben, eine Dienstbarkeit, die für den Berechtigten kein Interesse mehr haben kann oder deren Last in keinem Verhältnis zu dem Vorteil für den herrschenden Eigentümer steht, einseitig zur Ablösung zu bringen. Eine volkswirtschaftlich und sozialpolitisch sehr zu begrüßende Regelung! Wieviele derartige, vor allem persönliche Dienstbarkeiten unseres Rechts, bei denen die Belasteten vergeblich Befreiung ihrer Grundstücke erstreben, könnten durch eine ähnliche Bestimmung beseitigt werden.

Das schwyzerische Recht, d. h. die kantonalen Rechte,[3]) gehen noch einen Schritt weiter und lassen sogar Grunddienstbarkeiten zugunsten von Personen zu, die selbst nicht Grundeigentümer sind. Als Ausnahme findet sich diese Möglichkeit so z. B. im Züricher Recht.[4]) Nach diesem kann ein derartiges Recht auch einer Personenmehrheit, z. B. einer Genossenschaft, zustehen. Unter dem Namen »Grunddienstbarkeiten« sind diese Belastungen dem ZGB. nicht bekannt. Wir finden sie dort vielmehr unter den sog. »Dienstbarkeiten anderen Inhalts« (Art. 781), die den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten des BGB entsprechen. Diese Dienstbarkeiten anderen Inhalts des ZGB weichen von den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten des BGB insofern ab, als ihre Übertragbarkeit vereinbart werden kann (Art. 781, Abs. II). Damit ist gegenüber

[1]) Die angezogenen Bestimmungen finden sich im sog. Schlußtitel des ZGB.
[2]) Vgl. Wieland Anm. 3 zu Art. 736; Schwander S. 155.
[3]) Vgl. Schwander S. 26 Anm. 18.
[4]) § 239 Züricher Privatgesetz.

dem BGB dieses Rechtsinstitut noch beweglicher gestaltet worden. Die Regelung des schweizerischen Rechts ist zweifellos gerechter als im BGB, wo die beschränkte persönliche Dienstbarkeit, die einer Einzelperson zusteht, mit dem Tode des Berechtigten erlischt.[1]) Aber man sollte, statt für unser Recht eine dem schweizerischen Recht ähnliche Regelung zu wünschen,[2]) lieber fordern, daß den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten mit juristischen Personen als Berechtigten größere Schranken auferlegt werden. Denn, wie schon oben gezeigt wurde, sind die sozialen Gefahren, die dadurch entstehen können, daß die persönlichen Dienstbarkeiten auch Berechtigten von unbegrenzter Lebensdauer zustehen können, nicht zu unterschätzen. Durch die Regelung des schweizerischen Rechts aber bestehen diese Gefahren schon bei Einzelpersonen. Man vergegenwärtige sich das Beispiel einer Baubeschränkung, die dem jeweiligen Inhaber eines auf einem anderen Grundstück haftenden Schuldbriefes zustehen sollen.[3]) Dies bedeutet die Mobilisierung des Grundbesitzes in Reinkultur! Art. 781, Abs. II verweist zwar auf die Bestimmungen der Grunddienstbarkeiten. Maßgebend soll also auch hier im Zweifel das persönliche Bedürfnis des Berechtigten sein. Aber wie verträgt sich dieses Erfordernis mit der Zulässigkeit einer Grundstückslast der vorbezeichneten Art? Eine so weit gehende Mobilisierung des Bodens ist jedenfalls vom Rechts- und sozialpolitischen Standpunkt aus zu verwerfen. Man sollte auch im schweizerischen Recht der Entwicklung nicht darin nachgeben, daß man in den persönlichen Dienstbarkeiten ein den Hypothekenbriefen ähnliches Handelsobjekt schafft. Die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs dürften durch den Hypothekenmarkt hinreichend befriedigt sein. Zu erwähnen ist noch, daß das schweizerische Recht entgegen dem Satze: »nemini sua res servit« eine Eigentümerdienstbarkeit kennt. Inwieweit eine solche mit dem Eigentumsbegriff vereinbar ist, kann im Rahmen dieser Abhandlung nicht näher erörtert werden.

Im allgemeinen betrachtet, ist also das schweizerische Recht in der Frage der Begründung von Dienstbarkeiten wesentlich beweglicher gestaltet als das BGB. Welche rechtspolitischen und sozialpolitischen Bedenken gegen eine erweiterte Zulässigkeit von Grundstückslasten sprechen, ist bereits mehrfach im Laufe dieser Abhandlung erörtert worden, und es kann im einzelnen auf das dort Gesagte verwiesen werden.

---

[1]) Vgl. Kohler i. Rhein. Ztschr. 3 S. 409.
[2]) Vgl. Wolff § 112 Anm. 15.
[3]) Vgl. Beispiele bei Schwander S. 43 Anm. 4.

§ 14.

Das französische Recht vermeidet es, ähnlich dem schweizerischen Recht und dem BGB, in den Artikeln 578 ff., 637 ff. Code civil (CC) allgemeine Bestimmungen über Dienstbarkeiten, der Behandlung der einzelnen Arten von Dienstbarkeiten vorauszuschicken. Im Anschuß an das römische Recht hat Art. 668 CC die enge Beziehung zwischen Grunddienstbarkeit und herrschendem Grundstück aufrecht erhalten. Die Erfordernisse des Grundstücksnutzens und seiner Grundlage in der natürlichen Beschaffenheit des dienenden Grundstücks sind beibehalten. Das französische Recht hat also die rechtliche Entwicklung, infolge deren der römisch-rechtliche Servitutenbegriff eine Umbildung im modernen Sinne erfuhr, nicht mitgemacht. Anders als das deutsche Recht hat der CC die nachbarrechtlichen Beschränkungen ebenfalls in die Form der servitutes gegossen (Art. 639). Es ist dies eine Regelung, mit der er für eine Reihe anderer Rechte vorbildlich wurde.[1])

Indessen ist diese Regelung, die zwei rechtsgeschichtlich geartete Elemente, nämlich den römischen Servitutenbegriff die vorwiegend deutschen Nachbarrechte miteinander verschmilzt, theoretisch wie praktisch nicht ohne Bedenken. Die vertragliche Beseitigung derartiger Legalservituten ist nur durch Bestellung neuer Servituten entgegengesetzten Inhalts möglich. Die rechtliche Konstruktion dieser Vereinbarung bietet große Schwierigkeiten. Ferner bilden die Legalservituten Belastungen außerhalb des Grundbuchs. Werden sie aber hinwegbedungen, so erscheint diese Abmachung als Dienstbarkeit im Grundbuch, ein unklarer Rechtszustand, der für die Sicherheit des Rechtsverkehrs nicht wünschenswert erscheint.[2])

---

[1]) so für die Rechte der französischen Schweiz und des Kanton Solothurn. Vgl. Schwander S. 36.

[2]) Die neueste Rechtsentwicklung in Frankreich konnte leider nicht berücksichtigt werden, da dem Verf. neuere französische juristische Literatur nicht zugänglich war.

§ 15.

Das österreichische[1]) allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) vom 1. Juni 1811 (mit Novelle von 1915, 1916 und neueren) übernahm aus einer Schrift Hahns: »Dissertatio de iure rerum et in re speciebus 1643« in seinem § 308 die Fünfteilung der Sachenrechte in Besitz, Eigentum, Pfandrecht, Erbrecht und Servituten.[2]) Daher ist der Begriff des Sachenrechts nach österreichischem Recht ein erheblich weiterer als nach BGB. Das Sachenrecht begreift in sich alle Rechtsgebiete, die nicht ausschließlich mit Personen zusammenhängen, also außer den genannten auch das Recht der Schuldverhältnisse (sog. persönliche Sachenrechte). Die Dienstbarkeiten behandelt das ABGB im Sachenrecht, Teil II, Abt. I. Es hat in vielen Punkten die gemeinrechtliche Entwicklung festgehalten. So sind die Dienstbarkeiten einzeln aufgezählt. Eine Einteilung in Grund- und persönliche Dienstbarkeiten, aber auch in Haus- und Feldservituten ist beibehalten. Vorweg werden eine Reihe allgemeiner Bestimmungen getroffen. § 472 ABGB bezeichnet die Dienstbarkeiten als

> »ein Recht, durch das ein Eigentümer verbunden wird, zum Vorteil eines anderen in Rücksicht seiner Sache, etwas zu dulden oder zu unterlassen.
>
> Es ist ein dingliches, gegen jeden Besitzer der dienstbaren Sache wirksames Recht.«

Nicht feststehend ist es, ob die dienende Sache einem anderen gehören muß. Eine Dienstbarkeit soll jedenfalls bestehen bleiben, wenn die Sache herrenlos wird.[3]) Das Bestehenbleiben der dinglichen Rechte entspricht auch der deutschen Auffassung.[4]) Im übrigen gilt auch nach österreichischem Recht der Satz: nemini sua res servit (§ 472). Ebenso gilt der Satz: servitus servitutis esse non potest. Räumt also ein Servitutberechtigter einem Dritten einen Mitgenuß ein, so ist dessen Recht von lediglich obligatorischer Wirkung. Die

---

[1]) Vgl. zu dem folgenden Krainz-Ehrenzweig a. a. O. Bd. I § 244; v. Schey a. a. O.; Ofner a. a. O.

[2]) Unger a. a. O. S. 524.

[3]) Vgl. Krainz-Ehrenzweig a. a. O.

[4]) § 58, § 787 ZPO; § 1913 BGB; JKG 51 A. 192; OLG 35 S. 33; RJA 14 S. 304.

sog. Hausservituten des österreichischen Rechts (§ 475) sind insbesondere solche, die Nachbarschaft der Grundstücke voraussetzen. Sie teilen sich, wie im deutschen Recht, in Benutzungs- und Verbotsdienstbarkeiten (§ 1018 BGB). Die letzteren sind insbesondere Fenster- und Aussichtsgerechtigkeiten, also ebenfalls von der Voraussetzung der Nachbarschaft ausgehend. Die Feldservituten, insbesondere Hüte- und Weide-, Weg- und Waldgerechtigkeiten sind die gleichen wie in den vor 1900 geltenden deutschen Rechten. Die persönlichen Dienstbarkeiten sind Gebrauchs-, Fruchtnießungs- und Wohnungsrechte (§§ 478, 504ff. ABGB). Die Aufzählung des Gesetzes ist erschöpfend.[1]) Außer den genannten Arten kennt das österreichische Recht noch sog. unregelmäßige Servituten (§ 479 ABGB). Es sind dies Grunddienstbarkeiten, die entweder einer Person oder auf Widerruf bestellt sind. Bedeutsam ist die Regelung des österreichischen Rechts, das Dienstbarkeiten auch an beweglichen Sachen kennt (§ 445). Abweichend vom deutschen Recht können nach dem ABGB durch eine außerbuchmäßige Ersitzung bei rechtmäßigem Besitz innerhalb 3 Jahren Dienstbarkeiten erworben werden (§§ 1433 mit 1466 ABGB). Zwar ist die Ersitzung als Erwerbsgrund nicht ausdrücklich erwähnt. Sie ergibt sich jedoch aus der Fassung des Gesetzes (§ 1433 ABGB).[2]) Als besondere, dem deutschen Recht nicht bekannte Erlöschungsgründe kennt das österreichische Recht das Erlöschen durch Nichtgebrauch, ferner die usucapio libertatis, die Ersitzung der Freiheit des Eigentums (§ 1488 ABGB) innerhalb 3 Jahren. Die erstere Regelung entspricht einem gesunden, auch vom schweizerischem Recht[3]) aufgenommenen Rechtsgedanken, daß das mangelnde Interesse, das im längeren Nichtgebrauch zum Ausdruck kommt, keinen rechtschutzbedürftigen Grund mehr für die Aufrechterhaltung der Belastung ergibt. Eine gewisse Unsicherheit des Rechtsverkehrs wird durch das Erlöschen kraft Gesetzes herbeigeführt. Hierdurch wird das Grundbuch unrichtig. Besser ist die Regelung des Schweizer Rechts, das dem Belasteten ein Recht auf einseitige Ablösung gibt.

Was die Grunddienstbarkeiten insbesondere betrifft, so stimmt ihre gesetzliche Beschränkung in vielem mit dem deutschen Recht überein. § 482 spricht aus, daß die Grunddienstbarkeiten nicht in einem Tun bestehen dürfen; ebenso sind sie dort als Beschränkungen des Eigentums am dienenden Grundstück gekennzeichnet. Ferner können die Eigenschaften von Grunddienstbarkeiten nur solche Belastungen annehmen, die praedio utiles sind. Ihr Inhalt darf nicht über das Bedürfnis des dienenden Grundstücks hinausgehen.

[1]) v. Schey zu § 478 ABGB.
[2]) Vgl Krainz-Ehrenzweig a. a. O.
[3]) Vgl. S. 52 der Arbeit.

Die Grunddienstbarkeiten müssen für das herrschende Grundstück von Vorteil sein. Allerdings ist der Begriff des Vorteils im österreichischen Rechte ein weiterer. Auch »Vergnügungsvorteil« genügt. Dies ergibt § 473 ABGB: ». . . bequemere Benützung«. Also Dienstbarkeiten, im Garten des Belasteten Obst zu pflücken, Tennis zu spielen etc., sind zulässig.[1]) Die Grunddienstbarkeiten sind nnr mit dem Grundstück zusammen übertragbar.

Ein zusammenfassender Überblick über das österreichische Recht zeigt ein zwar in einigen Punkten veraltetes, im übrigen aber für Zwecke des modernen Rechtslebens durchaus noch brauchbares Rechtssystem. Nicht ganz glücklich ist vielleicht, daß die Aufzählung der einzelnen Dienstbarkeiten beibehalten wurde. Dieses System ist für die Erfordernisse des heutigen Rechtsverkehrs zu starr, da es der Bildung neuer Typen abgeneigt ist. Ferner ist das in der Aufzählung der Hausservituten vorherrschende Erfordernis der Nachbarschaft im modernen Rechtsverkehr ein Hindernis. Begrüßenswert ist die Beibehaltung der bewährten gesetzlichen Schranken des Grundstücksnutzens, wenn auch der Vorteilsbegriff in seiner weiten Ausdehnung sich schon mehr der Auslegung des Schweizerrechts nähert. Im großen und ganzen dürfte die Gefahr einer übermäßigen Beschränkung der gewerblichen Freiheit und der Überlastung des Grundbesitzes nach österreichischem Recht eine nicht so große sein, wie etwa nach Schweizer Recht.

---

[1]) Vgl. Krainz-Ehrenzweig § 244 Anm. 5.

§ 16.

Besonders interessant ist ein neues, von jeder rechtsgeschichtlichen Tradition losgelöstes Rechtsgebiet, dasjenige Sowjetrußlands.[1]) Es gilt zunächst die russische Entwicklung nach der Revolution kurz zu überblicken. Durch Dekret vom 26. Oktober 1917 wurde das bisher geltende Recht beseitigt. Durch Dekret vom 19. Februar 1918 wurde das Privateigentum am ländlichen Grund und Boden, und durch ein gleiches vom 20. August 1918 auch in den Städten beseitigt. Anstelle des Eigentums trat ein öffentlich-rechtliches Nutzungsrecht, das allen zustand, die gewillt waren, den Boden durch eigne Arbeit zu bebauen (§ 13 des erstgenannten Dekrets). Am 1. Januar 1923 trat das neue BGB in Kraft, das eine Preisgabe des reinen Kommunismus und den Übergang zum Staatskapitalismus im Lenin'schen Sinne, wie er heute noch besteht, bedeutete. Ehe wir auf die dinglichen Nutzungsrechte eingehen, gilt es die Stellung des Eigentums in diesem neuen Rechtssystem zu untersuchen. Sie ist gekennzeichnet durch das Eindringen des öffentlichen Rechts in die Privatrechtssphäre. Von sowjetrussischen Juristen ist daher der Inhalt des BGB als öffentliches Recht in »privatrechtlichen Formen« bezeichnet worden. Das Institut des Eigentums hat somit im russischen Recht aufgehört, ein subjektives Privatrecht zu sein. Es ist zur sozialen Funktion geworden etwa in dem Sinne, der in den Worten der deutschen Reichsverfassung: »Eigentum verpflichtet« eine leise Andeutung gefunden hat. Das Eigentum im Sinne des russischen Rechts ist demnach die soziale Funktion des Inhabers von Gütern. Privateigentum an Grund und Boden gibt es nach russischem Recht nicht. Die Dienstbarkeiten sind öffentlich-rechtlich gestaltet. Sie können vom Staate beansprucht werden als unentgeltlich zu gewährende Nutzungsrechte am Boden. Diese Nutzungsrechte entstehen entweder durch tatsächliche Ausübung oder durch Zuweisung staatlicher Behörden.

---

[1]) Vgl. zu dem folgenden Freund a. a. O.; Mecklezow a. a. O.; Philos. Arch. Jahrg. Nr. 18 Heft 4.

Eine gewerbliche Freiheit im Sinne unseres Rechtes gibt es nach russischem Recht nicht. Im Privateigentum stehen dürfen sog. Kleinunternehmungen, d. h. solche, die nicht mehr als 10—20 Arbeiter beschäftigen (§ 54 BGB). Unternehmungen größeren Ausmaßes können ausnahmsweise im Wege der Konzession zugelassen werden. Genossenschaften (die überhaupt nach russischem Recht eine bevorzugte Stellung einnehmen) können auch darüber hinausgehende größere Industrieunternehmungen im Privateigentum haben. Das Wirtschaftsleben ist gekennzeichnet durch die Herrschaft des Staates über die Produktionsmittel (Sozialisierung) und über Güterumlauf und Gütererzeugung (Planwirtschaft).[1]) Die Verstaatlichung der Industrie ist hinsichtlich der Großindustrie eine nahezu vollständige. Der Güterumlauf im Innern, also der Binnenhandel ist neuerdings freigegeben, so daß man insoweit wieder von einer beschränkten gewerblichen Freiheit sprechen kann. Dagegen ist der Außenhandel nach wie vor Staatsmonopol.

Wir sahen oben das Eigentum als Teil der Persönlichkeit.[2]) Im russischen Staate, der grundsätzlich Privateigentum nicht anerkennt, haben wir die stärkste Verkörperung einer überindividualistischen Staatsauffassung. Diese bedingt die schärfste Verneinung der freien Persönlichkeit. Sowjetrußland hat diese Folgerung verwirklicht. Der Kreis der der Person noch zustehenden Rechte ist denkbar eingeengt. Der einzelne ist nur denkbar als Glied des Staatsganzen. Zugleich sehen wir hier das Überhandnehmen öffentlichen Eigentums. Eine Wesensverschiedenheit zwischen öffentlichem und Privateigentum besteht vom juristischen Standpunkt aus nicht.[3]) Nur ist die Person des Berechtigten beim öffentlichen Eigentum eine andere als beim Privateigentum. Jenes steht im heutigen Zeitalter der Demokratien in der Regel nur Personengesamtheiten zu. Da das Eigentum ein Teil der Persönlichkeit ist, so kann im öffentlichen Eigentum nach unserer Auffassung nur stehen, was mit der öffentlichen Persönlichkeit, also mit den Funktionen der öffentlich-rechtlichen Organperson zusammenhängt. In Sowjetrußland ist nun nicht im Wege rechtsgeschäftlicher Überlastung, sondern im Wege staatlichen Eingriffes eine allgemeine Entwertung des Privateigentums erfolgt.

---

[1]) Vgl. v. Normann, Vortrag über eine russische Reise in Berliner Börsenzeitung 1926 Nr. 522.

[2]) s. S. 38, 41 der Arbeit.

[3]) Wohl aber tritt die Unterschiedlichkeit hervor in der Verschiedenheit der sozialpolitischen Funktionen.

Das Privateigentum ist zugunsten des öffentlichen Eigentums entwertet worden. Wenn wir auch im Staate die höchste Verkörperung menschlicher Lebensform erblicken, so lehnt es doch unsere Auffassung ab, ein derartiges Überwiegen des Staates gegenüber der Person anzuerkennen. Der Sozialismus und noch mehr der Kommunismus erstrebt eine Vermehrung der Staatszwecke, wodurch die Zahl der Gegenstände, die im öffentlichen Eigentum stehen können, immer größer wird. Dieses Bild zeigt das heutige Rußland, zeitigte in höherem Maße das Rußland von 1920. Der einzelne ist nicht mehr Persönlichkeit, sondern Organ d. h. Mittel zur Verwirklichung der Staatszwecke. Hier ist der Staat zum Selbstzweck geworden. Das russische Staatswesen kennzeichnet ein Ausspruch Lenins:

»Die Freiheit ist ein bourgeoises Vorurteil!«[1])

[1]) Vgl. v. Wiese, Die Idee der Freiheit in Rußland im Philos. Arch 1925 S. 575.

Lebenslauf.

Am 30. April 1905 wurde ich in Potsdam geboren (evangelisch). Ich besuchte zunächst verschiedene Privatschulen in Potsdam und Berlin. Von Ostern 1916 bis Michaelis 1919 besuchte ich das Friedrichs-Werdersche Gymnasium in Berlin, ferner das Herzogliche Gymnasium in Blankenburg (Harz), die Lateinschule der Franckeschen Stiftungen zu Halle a. d. Saale und das Domgymnasium zu Halberstadt, wo ich Ostern 1923 die Reifeprüfung bestand. Von Ostern 1923 bis Ostern 1926 studierte ich in Göttingen, München und Marburg. Am 8. September 1926 bestand ich beim Oberlandesgericht Kassel die erste juristische Prüfung. Am 20. November 1926 meldete ich mich bei der juristischen Fakultät der Philipps-Universität Marburg zur akademischen Doktorprüfung. Das Rigorosum fand am 13. Dezember 1926 statt.